

**EL RETIRO DE CARGOS COMO FÓRMULA PARA EL DESISTIMIENTO DE  
LA PRETENSIÓN PUNITIVA EN EL JUICIO ORAL A PARTIR DE LA  
VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004.**

**DANIEL ORTEGA JIMÉNEZ  
MARIO ALEXÁNDER ALVAREZ GRISALES**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA  
PEREIRA  
2014**

**EL RETIRO DE CARGOS COMO FÓRMULA PARA EL DESISTIMIENTO DE  
LA PRETENSIÓN PUNITIVA EN EL JUICIO ORAL A PARTIR DE LA  
VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004.**

*DANIEL ORTEGA JIMÉNEZ*

*MARIO ALEXÁNDER ALVAREZ GRISALES*

*Mg. EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA*

**Director de Posgrados**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

**PEREIRA**

**2014**

## **TABLA DE CONTENIDO**

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....</b>	<b>7</b>
<b>2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....</b>	<b>7</b>
<b>3. HIPOTESIS .....</b>	<b>9</b>
<b>4. JUSTIFICACION .....</b>	<b>10</b>
<b>5. OBJETIVOS.....</b>	<b>12</b>
<b>5.1. OBJETIVOS GENERALES .....</b>	<b>12</b>
<b>5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....</b>	<b>12</b>
<b>6. MARCO REFERENCIAL .....</b>	<b>13</b>
<b>6.1 ESTADO DE ARTE.....</b>	<b>13</b>
<b>6.2 MARCO TEORICO .....</b>	<b>23</b>
<b>6.3 MARCO JURIDICO .....</b>	<b>34</b>
<b>7.METODOLOGIA DE INVESTIGACION .....</b>	<b>36</b>
<b>8. DESARROLLO TEMATICO .....</b>	<b>39</b>
<b>CAPITULO I:PROCESOS Y PRINCIPIOS ACUSATORIOS.....</b>	<b>39</b>
<b>CAPITULO II: CONTROL JUDICIAL DE FORMA DE CESACION DE LA ACCION PENAL A INSTANCIAS DE LA FISCALIA .....</b>	<b>67</b>
<b>CAPITULO III:FUNDAMENTOS PARA LA VIABILIDAD DEL RETIRO DE CARGOS .....</b>	<b>80</b>
<b>9.CONCLUSIONES .....</b>	<b>90</b>
<b>8. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>93</b>

## **RESUMEN**

El propósito trazado con el presente trabajo es, básicamente, la búsqueda de las bases teórico-jurídicas del RETIRO DE CARGOS, figura de marcada utilización hoy en estrados judiciales cuando la Fiscalía deduce en juicio que su pretensión punitiva está llamada al fracaso, y que genera preocupación e inquietud porque su aplicación no posee una regulación legal ni un desarrollo jurisprudencial profundo, siendo así que los operadores judiciales están recurriendo a ella con fundamento único en que el procesado no puede ser condenado sin una petición expresa del Órgano persecutor, no realizándose un análisis de fondo [control judicial] sobre los soportes del pedimento de parte, como suele ocurrir con otras figuras afines como la preclusión o la aplicación del principio de oportunidad, que sí poseen un vasto desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal.

## 1. INTRODUCCIÓN

En los estrados judiciales actualmente ha venido haciendo carrera una práctica judicial conocida como “El retiro de cargos”, la cual no ha sido contemplada ni regulada por la legislación penal colombiana, consistente en la facultad que, aparentemente, le asiste a la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal (de conformidad con los artículos 250 de la Constitución Política y 66 del Código de Procedimiento Penal), de **abdicar** de su acusación, enarbolada en las etapas procesales anteriores, al estimar de antemano que su pretensión de condena fracasará en la fase de juicio oral, ello en razón de una evidente orfandad probatoria, que deja sin sustento los cargos lanzados al acusado.

Al parecer, esta postura teórico-práctica ha hecho eco en los despachos judiciales como una de las soluciones o salidas alternativas del proceso penal, de la mano de algunos doctrinantes que consideran, que el estadio del juzgamiento es el escenario por antonomasia para “sostener la acusación”, pero que en los eventos en los que el persecutor, en un acto de *sindéresis* y ponderación, luego de hacer un análisis *ex ante* de la prueba engendrada y practicada en la vista pública, se da cuenta que tanto la imputación fáctica como la calificación jurídica que le ha dado al hecho investigado, han perdido total respaldo en los medios suasorios, entonces decide sustraer del conocimiento del juzgador “el pliego de cargos” presentado contra el vinculado, acatando principios de lealtad procesal, celeridad, eficacia, economía procesal y objetividad.

De esta manera, entonces, con el presente trabajo se pretende, en un primer momento, auscultar los cimientos de la acción penal como expresión del *ius puniendi*,

acto seguido se analizarán las fórmulas legales existentes para su cesación, lo que finalmente nos conducirá a verificar, si es o no procedente el retiro de los cargos, y de serlo cuales serían los presupuestos para su aplicación judicial, la que tanto auge ha alcanzado en estos días, pese a su falta de fundamentación jurídica.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cuando se propone la realización de una investigación se asume una condición académica que exige enfrentarse a un problema, ya sea para buscar su entendimiento, ora su solución, sin que sea la excepción la presente monografía, con la que, dentro del contexto nacional [Colombia] y bajo la estructura de enjuiciamiento del sistema penal acusatorio, se examina el retiro de los cargos, como figura jurídica novedosa a la que viene recurriendo con frecuencia el Órgano de Persecución penal con el aval de los administradores de justicia, sin contarse con un desarrollo amplio de lo que jurídicamente implica.

En efecto, el retiro de los cargos no está relacionado en sección, artículo o renglón alguno de nuestro ordenamiento penal, siendo así una forma atípica y alterna de renunciar a la pretensión punitiva estatal que, dada estas características, se está aplicando de manera consuetudinaria, sin la garantía de legalidad ni contundencia y transparencia conceptual que señalen, sin lugar a equívocos, su viabilidad.

En esa medida nos encontramos, pues, ante un vacío jurídico respecto de un escenario crucial en el proceso penal que nos hace cuestionar como germen de la presente investigación:

### ***2.1 Problema de Investigación***

¿Es el “retiro de cargos” una fórmula válida para el desistimiento de la pretensión punitiva durante el juicio oral dentro del sistema penal acusatorio colombiano?



### **3. HIPÓTESIS**

Al interior del proceso penal colombiano es menester que exista una expresa normatividad que controle, regularice y module aquella fórmula para la cesación de la acción penal denominada “Retiro de cargos”, a la que a la fecha se acude por virtud de los principios Acusatorio y de Congruencia (Trípode: Acusación, petición de condena y sentencia), pero sin concreto respaldo legal ni profusa fundamentación doctrinal, motivación suficiente para emprender este discurrir investigativo.

Sin embargo, la investigación que aquí nos concita no se agota en el examen de la necesidad de una regulación del Retiro de cargos a instancias del legislador, sino que tiene también por norte la verificación del sentido y contenido de tal compendio normativo que consideramos está ausente, escenario en el que se clarificará si deberá estar sujeto a un control judicial u opera de plano ante la autónoma petición del Órgano Persecutor.

#### 4. JUSTIFICACIÓN

Cada vez que se imputan cargos y posteriormente se formula acusación, por regla general, se insiste por la Fiscalía en su pretensión punitiva hasta el final de la actuación; no obstante, **hay precisos y regulados** eventos en los que resulta inviable continuar con la causa penal, frente a lo cual la Ley ha consagrado la preclusión o se ha perfilado, por criterios de política criminal, la aplicación del principio de oportunidad, con el cual también se hace cesar -definitiva, temporalmente o a condición- la acción penal.

Contrario a tales figuras que han sido reguladas en el Código de Procedimiento Penal, ha aparecido EL RETIRO DE LOS CARGOS, salida alterna que tiene por vocación también culminar el proceso, pero que no tiene legalmente habilitada su aplicación, sino que se ha venido empleando de forma reiterada en los distintos despachos judiciales del país, con respaldo en el principio acusatorio, algunos pronunciamientos de altas cortes pero, insístase, sin expresa regulación legal y sin un esclarecimiento conceptual diamantino acerca de su operatividad, conllevando ello a su utilización “atípica” cada vez que el Fiscal delegado de un proceso advierte en el trámite del juicio oral que su pretensión acusatoria está llamada al fracaso por insuficiencia probatoria.

Y es que al cotejar “el retiro de los cargos” con las normas contenidas en la Ley 906 de 2004, hallamos algunas que al parecer se oponen a su aplicación, mientras que otras propenden por ella, quedando así al descubierto que tal novedosa figura se ha comenzado

a implementar en nuestra sistemática penal sin que hasta el momento exista un desarrollo amplio ni contundente, lo cual termina por justificar la presente investigación, la que emprendemos con el objetivo de esclarecer si tiene un efectivo asidero jurídico, si es procedente o si, por el contrario, ha sido una creación ilegítima.

Es decir, nos hallamos ante una figura jurídica de operatividad relativamente reciente, que se ha implementado sin un soporte legal y echando mano, en esencia, de los principios acusatorio y de congruencia, aspectos todos ellos que vislumbran que estamos ante una temática que demanda ser descifrada, propósito que se tiene con el presente trabajo, justificándose así la presente monografía en esa intención de hallar las bases teórico-jurídicas para definir si el retiro de los cargos es o no procedente y, de serlo, bajo que condiciones o parámetros.

Lo anterior siendo relevante, no sólo desde el plano académico, sino también para la praxis judicial, espacio en el que con mayor frecuencia los operadores judiciales avalan la culminación de procesos penales por petición de la Fiscalía, sin ningún control de fondo sobre tal pedimento [como ocurre, verbigracia, con la solicitud de preclusión], sino acatando la máxima de que no puede proferirse fallo de condena sin una acusación que la respalde.

## **5. OBJETIVOS**

### ***5.1 Objetivo General***

Examinar el retiro de cargos como fórmula para el desistimiento de la pretensión punitiva en el juicio oral a partir de la implementación del sistema penal acusatorio colombiano.

### ***5.2 Objetivos Específicos***

Analizar la pretensión punitiva a la luz del principio acusatorio que enmarca la actual sistemática procesal, como base necesaria para comprender la relevancia de la acusación en un sistema penal de partes.

Comparar el “Retiro de los cargos” con los procedimientos alternos de abdicación de la pretensión punitiva y que se encuentran sujetos a control judicial: principio de oportunidad y solicitud de preclusión; a efectos de elucidar si es ineludible la intervención judicial para su procedencia.

Identificar los fundamentos jurídicos del “Retiro de los cargos” para determinar si se constituye en figura afín con las bases del sistema y cuáles deben ser los derroteros para su procedencia.

## **6. MARCO REFERENCIAL**

### ***6.1 Estado Del Arte***

A continuación se relaciona un escrito publicado que resulta afín con la materia objeto de esta investigación, esto es, aquellos estudios en los que se ha analizado la figura del retiro de cargos, su viabilidad jurídica y/o las condiciones para su operatividad (necesidad o no de control por parte del juez):

#### ***“III-El Criterio de Objetividad y su relación con el Retiro de la Acusación.-***

El Estado por medio de su órgano de persecución penal, denominado Ministerio Público, al momento de realizar sus investigaciones debe actuar apegado al criterio de objetividad, es decir que durante su investigación debe recabar los elementos probatorios que sirvan tanto para descargo a favor del imputado como para sostener una posible acusación en su contra, en virtud de lo dispuesto por en el artículo 260 del Código Procesal Penal y en el artículo 11 de la Ley 78-03 que aprueba el Estatuto del Ministerio Público.

En ese mismo orden de ideas se expresa el artículo 170 de la Constitución Dominicana, proclamada el 26 de Enero del 2010, cuando se refiera a los principios de actuación en los que debe estar sujeto el Ministerio Público, el cual reza textualmente:

“Artículo 170.- El Ministerio Público goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria. Ejerce sus funciones conforme a los principios de legalidad, objetividad, unidad de actuaciones, jerarquía, indivisibilidad y responsabilidad”.

En ese mismo tenor se refiere Jorge Ariel Bettini Sansoni cuando establece que:

“ Al Ministerio Público le interesa tanto como a los órganos jurisdiccionales, la correcta actuación de la ley penal y no inquirir solo contra el imputado, sino a favor de aquel cuando corresponde...”.

En tal sentido, ya en la etapa de juicio podría darse el eventual caso en el que el acusador estatal o público, entiéndase el Ministerio Público, solicite al Tribunal que conoce el juicio la absolución del imputado mediante el retiro de la acusación.

Autores como Jorge Moras Mon, refiriéndose al pedido de absolución por parte del Ministerio Público, sostienen que:

“...el fiscal puede pedir al tribunal la absolución del imputado, pero tal petición no pasa de ser tal, carece de valor vinculante ante el juzgador que puede no aceptarla y dictar sentencia condenatoria...”

En ese mismo orden de ideas Por su parte, Magaly VÁSQUEZ, refiere que el Ministerio Público no actúa en nombre propio sino en representación de intereses públicos y por ello no puede disponer de la acción penal. VÁSQUEZ

complementa diciendo que si el ius puniendi pertenece al Estado, una vez admitida la acusación y explanada en el juicio oral y público, no podría el Ministerio Público disponer de ella en orden a plantear su retiro, pues ello sólo supone que una vez propuesta, esta pertenece al proceso y, en consecuencia, el juez deberá resolver con sujeción a la ley y al derecho.

Concluye VÁSQUEZ admitiendo que la posibilidad de que el fiscal desista de la acción penal pública una vez abierto el juicio oral, es una consecuencia del principio de legalidad, denominado por ROXIN principio de irretractabilidad, pues explica VÁSQUEZ que si ya se ha dispuesto la apertura del juicio ante el juez penal, su sustracción por parte de la fiscalía haría que la acusación careciera de valor.

Respecto a esa posibilidad planteada por el autor no comparto esa idea sostenida por el (Jorge Moras Mon), toda vez que hay que tomar en cuenta que nuestro sistema procesal, es el acusatorio adversarial y que el tribunal incurriría en violaciones a derechos fundamentales como es el derecho a la defensa, consagrado en pactos y convenciones internacionales, así como en nuestra carta magna y el código Procesal Penal.

Por lo que una vez sea retirada la acusación por parte del acusador, el tribunal no tendrá mas opción que la de absolver al imputado, ya que al no haber nada de que defenderse, el tribunal deberá tutelar de manera efectiva ese derecho fundamental.

Hay casos donde un Fiscal puede percatarse de su error (o de el error de un Fiscal anterior) y en consecuencia considera que el acto de acusar no debió producirse, o por verificarse una posterior circunstancia donde, sin discutir si debió conocerse con anterioridad, no podemos negar la posibilidad de que los hechos ameriten un cambio inmediato de decisión por parte del Ministerio Público y la eventual cesación de una medida cautelar lo más pronto posible.

El Ministerio Público no tiene como norte sostener a toda costa la acusación, ya que si las circunstancias demuestran lo contrario, estará en el deber de solicitar el sobreseimiento, o la absolución de ser el caso, pues tiene como deber constitucional el garantizar la buena marcha de la administración de justicia y el respeto a las garantías constitucionales, como la dignidad y el debido proceso, pues lo contrario sería sostener que nuestro Ministerio Público es un acusador a ultranza, y nada más alejado de la realidad.

Por tal razón es de sostenimiento constante por la doctrina que en el decurso de los debates orales, si el Ministerio Público llega a la certidumbre de que el imputado a quién acusó, es inocente de los cargos formulados inicialmente por lo que es opinión persistente de la doctrina que el Fiscal, como dueño de la acción pública en el sentido de que es el quien la patrocina, está en la obligación de retirar dicha acusación es decir que podemos observar dicho retiro desde dos perspectivas como una facultad que tiene el Ministerio Público y como deber ya que en sus principios de actuaciones debe actuar con objetividad.



Carlos Charapaqui Poma sostiene que El Ministerio Público está en la posibilidad, sino en la obligación de hacerlo, porque de lo contrario se estaría vulnerando derechos fundamentales del acusado, y consecuentemente también uno de los principios por el cual se rige el Ministerio Público, esto es el de legalidad y por ende el principio de objetividad.

#### ***IV- Principio Nemo Iudex Sine Actore.-***

Es evidente que al referirnos al retiro de la acusación por parte del Ministerio Público, nos encontramos con El Principio Nemo Iudex Sine Actore, el cual hace referencia a que “No hay juicio sin actor”, o mas bien “ No hay juicio sin parte que lo promuevan”.

#### ***V.- Separación de Funciones.-***

Nuestra normativa procesal penal en su artículo 22 habla claramente de lo que es la separación de funciones respecto a los fines de persecución penal y actos jurisdiccionales, los cuales definen claramente las actuaciones que deben realizar los actores del proceso llamados a acusar y a juzgar.

Conforme lo señala Claus Roxin, el cual es citado por el Mg. Carlos Américo Ramos en su artículo “El Principio Acusatorio y el Axioma donde no hay acusador no hay juez”. se unen las ventajas de la persecución penal estatal con las

del proceso acusatorio el cual consiste precisamente en la separación de funciones, en la que el juez y acusador no son la misma persona, estableciéndose de esta forma la funciones de investigación jurídica y acusación estatal a cargo de la Fiscalía como una garantía esencial de un Debido Proceso orientado a la búsqueda de la justicia.

Confirmándose de ésta manera lo aseverado por Luigi Ferrajoli en el sentido que la separación del Juez y Acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás.

#### ***VII-Control jurisdiccional del Retiro de la Acusación.-***

Ahora bien, tras un retiro de la acusación por parte del acusador público, sería posible que dicho retiro sea susceptible de algún tipo de control, especialmente por el órgano jurisdiccional,

Entiendo que sí, ya que nuestra normativa procesal penal, no presenta de manera expresa cual sería la situación de una víctima que conforme a lo establecido por el Código esté participando en participando de manera activa en el proceso penal, es decir, ya sea en calidad de querellante para conjuntamente con el acusador público perseguir la acción pública o en su calidad de actor civil para el resarcimiento de los daños, en virtud de lo que establece el artículo 1382 del Código Civil.

En ese sentido nuestra legislación procesal no es muy clara, como ya exprese más arriba, contrario a otras legislaciones como es el caso del Código Procesal Penal de Buenos Aires, el cual en su artículo 368, modificado por la ley 13.943, promulgada el 15 de enero del año dos mil nueve (2009), el cual establece que:

“...Si en cualquier estado del debate el Ministerio Público Fiscal desistiese de la acusación, el Juez o Tribunal absolverá al acusado, salvo que el ofendido constituido en particular damnificado sostenga la acusación que hubiere formulado el Fiscal en la oportunidad del artículo 334”.

Luigi Ferrajoli, citado por Jorge Ariel Bettini Sansoni establece que sería consecuencia lógica que la desestimación del fiscal sea pasible de revisión por el órgano jurisdiccional, pues la persecución penal quedaría a su sola merced dentro del procedimiento si su dictamen no fuera controlado por un órgano judicial independiente de él y solo subordinado a la ley.

Entiendo pues, sin menoscabar las posibilidades de retirar la acusación por parte del Ministerio Público, es decir cuando actúa con apego a criterios objetivos y de legalidad a favor del acusado; las únicas excepciones estarían dadas, claro está, porque la actuación del Fiscal sea delictiva o su voluntad se encuentre viciada.

En el primer supuesto, por ejemplo si comete el delito de cohecho, el fundamento será que el producto de un delito no puede ser una resolución judicial válida, pues ello compromete la correcta administración de justicia.

En el segundo caso, por ejemplo si padece un trastorno de la conciencia o temor insuperable fundado en amenaza, el argumento será la falta de capacidad jurídica.

Otro modo de disuadir y saber si el fiscal actúa legítimamente al no acusar es por medio de su deber de fundar sus dictámenes que implica valorar la prueba, explicar cómo se llegó a determinado juicio de valor y la razón de la aplicación de determinada norma del plexo penal.

Además, el representante del Ministerio Público, no obstante parte, tiene el deber de actuar con objetividad, que implica procurar la verdad y ajustarse a las pruebas legítimas en sus conclusiones, ya sean contrarias o favorables al imputado..

### ***Conclusión***

A modo de conclusión, luego de haber analizado lo relativo al Retiro de la acusación realizada por el Ministerio Público, entiendo pues que apegado a los criterios de actuación que deben regir en todo momento los actos del Ministerio Público, especialmente los criterios de objetividad y legalidad, los cuales como pudimos analizar tienen rango constitucional y además incorporados en leyes como la 76-02, y el Estatuto del Ministerio Público, es posible retirar la acusación,

siempre con apego a la objetividad y de cara a la justicia, para una buena administración de esta y fortalecer el Estado de Derecho en una Sociedad democrática como la nuestra.

De igual manera creo posible que exista un control jurisdiccional de dicho retiro, ya que lamentablemente nuestra normativa procesal penal, no establece cual es la posición que asume la víctima que ha decidido participar de manera activa en el proceso, es decir como establece la norma procesal, en su calidad de querellante o actor civil legalmente constituido.

Ese control del retiro creo que de manera lógica debe realizarse, en cuanto el Ministerio Público, solicite de manera aérea ese retiro de la acusación sin que exista una justificación bastante objetiva que conforme, aunque de manera provisional a la víctima que demanda justicia, todo esto sin menoscabar las posibilidades que son planteadas desde los Principios que analizamos de manera concreta, tal es el caso de la máxima *Nemo iudex sine actore*, y el Principio de separación de funciones, los cuales dejan claro quienes tienen la facultad de perseguir y acusar; y también quienes están llamados a juzgar lo pedido en la administración de justicia, en el sentido de que haciendo referencia al sagrado derecho de defensa, para que este exista debe de haber algo de que defenderse, es decir una acusación previa.

No sería posible retirar la acusación sin motivo alguno, en el sentido de no querer sostenerla en audiencia, no asistir al debate o plantear su retiro sin alegar alguna causal del sobreseimiento u otra circunstancia que justifique su retiro

Entiendo que hasta tanto no exista una legislación, la cual autorice a la víctima legalmente constituida en querellante y/o actor civil los tribunales deben realizar un control jurisdiccional sobre ese pedimento de parte del Ministerio Público, con la finalidad de darle protección a la víctima”.<sup>1</sup>

Sea del caso acotar que, para efectos de complementar esta cita constitutiva de la materia que se ha desarrollado sobre el tema escogido, se realizó una exploración en el plano local acerca de estudios análogos, sin que se encontrara estudio investigativo alguno que en concreto desarrollara el retiro de cargos para la sistemática procesal colombiana, a lo cual hay que decir adicionalmente, que no se hallaron tampoco trabajos de grado en las bibliotecas y bancos de datos de las Universidades (i) Libre Seccional Pereira, (ii) de Caldas, y (iii) de Manizales.

En esa medida es preciso pasar al análisis de las distintas vertientes teóricas y jurisprudenciales que le dan fundamento a este estudio:

---

<sup>1</sup> BETTINI, Jorge A. El retiro de la acusación desde la perspectiva del Ministerio Público. Publicado por ASENSIO, José L. Martes 7 de septiembre de 2010. Disponible en la web: <http://leonelascencio.blogspot.com/2010/09/el-retiro-de-la-acusacion.html>.

## 6.2 Marco Teórico

Atendiendo que este acápite está dirigido a colocar al descubierto las diferentes posturas que sobre la materia de investigación aparecen, debe en este punto dejarse sentado sobre el papel la confluencia de dos desarrollos conceptuales, contradictorios, desde los cuales se ha abordado el retiro de cargos.

De una parte se encuentra aquella postura que propugna porque la aplicación de tal figura no debe estar sometida a control del Juez de la causa y, dando prevalencia al carácter dispositivo y de partes del sistema, sella que la abdicación de la Fiscalía en la persecución penal, necesariamente, genera el decaimiento de la acción penal, sin quedar sujeta tal determinación de parte a consideración, estimación o aprobación alguna por parte del encargado de resolver la *litis*.

Es esta la visión institucional aplicada hoy, es decir, la que desde la administración de justicia se ha acogido, sin un vasto desarrollo conceptual pero sí con diferentes providencias de la Corte Suprema de Justicia en un mismo sentido, este es, que cuando la Fiscalía abandona su rol acusador tal obrar debe entenderse como un retiro de cargos que obligan, sin lugar a reparos, a que el Juez absuelva ante el decaimiento de la pretensión del titular de la acción penal.

Tal postura se exteriorizó inicialmente con una sentencia de la Corte Suprema de Justicia bajo el radicado 15843 del 13 de julio de 2006 que, valga anotar, se ha convertido en luz para mantener en el tiempo una misma visión del retiro de cargos, siendo así como las sentencias sucesivas sobre la materia han hecho expresa alusión a esta providencia:

“No ha de olvidarse que si bien –en todo caso- el titular de la acción penal es el

Estado, en vigencia tanto del Decreto 2700/91 (art. 24) como de la Ley 600/00 (art. 26) era a la Fiscalía en la etapa de investigación y a los jueces en la de la causa, a quienes competía el impulso o el ejercicio de la misma, a diferencia de lo previsto en la ley 906/04 (art. 66) que le atribuye exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación la carga del impulso de la acción penal.

De esa diferencia nace la posibilidad para el respectivo fiscal de retirar o no los cargos, como que en trámite del Decreto 2700 y la ley 600 está inhabilitado para hacerlo, porque de cara a la resolución acusatoria ejecutoriada ésta se convierte en ley del proceso y en marco dentro del cual se desarrolla el juicio y se pronuncia el juez, no pudiendo asimilarse a tal retiro la petición que de absolución haga el fiscal porque surja prueba conclusiva en contrario (art 142-11 ley 600/00) o porque la tenida en cuenta para acusar no satisface el grado de certeza que exigen el Decreto 2700 (art. 247 y la ley 600 (art. 232).

**En cambio, en aplicación de la ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de**



**condena- sentencia.**

*Así, una gran diferencia se encuentra en este campo respecto de la ley 600 y el Decreto 2700 en la medida en que –en contra de lo que ocurre en la ley 906- un juez de conocimiento puede condenar a un acusado aún mediando petición expresa de absolución por parte del fiscal, ministerio Público, sindicado y defensor”<sup>2</sup>.*

A manera de ilustración, tráigase a colación dos providencias del Máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal, en las que ha ratificado su primigenia postura, citando expresamente la decisión atrás reseñada:

“9. Por tanto, el hecho de que la Fiscalía hubiese solicitado absolución en desarrollo del rito público no configura en el sistema procesal aplicado de la Ley 600 de 2.000, ninguna irregularidad con la pretendida lesividad del debido proceso.

No sucede de igual forma -como lo ha destacado la Sala- dentro de la regulación contenida actualmente en la ley 906/04, pues “cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de condena- sentencia” (Cas. 15.843).”<sup>3</sup>

En igual sentido en posterior providencia expresó:

<sup>2</sup> COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Providencia 15843 (13 julio 2006). Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

<sup>3</sup> COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Providencia 23243 (14 de marzo de 2007). MP: Alfredo Gómez Quintero. Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

“Por último, la Sala viene insistiendo [Decisión 15.843 del 13 de julio de 2006] y así ratifica su línea de pensamiento, que si el Fiscal solicita sentencia absolutoria en los alegatos finales (443), esa petición deberá ser acogida por el Juez, por entenderse como un verdadero retiro de cargos y ser él, el titular de la acción penal, en armonía con el principio de congruencia (448) que rige el procedimiento acusatorio.”<sup>4</sup>

Planteamiento que, como ya se había anticipado, se ha mantenido hasta la actualidad, lo cual se demuestra con la reciente sentencia 40988 del 11 de septiembre de 2013 en la que la Corte Suprema de Justicia volvió a reiterar la observancia que debe el Juez a las decisiones de la Fiscalía respecto a mantener, modificar o echar por tierra la acusación:

“De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Sala ha precisado que en aplicación de la Ley 906 de 2004, cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que, al fin y al cabo, es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público, el defensor y el apoderado de las víctimas soliciten, tal como paladinamente lo señala el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal de

---

<sup>4</sup> COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Providencia 26099 (27 de octubre de 2008). MP: Javier Zapata Ortiz. Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

2004, el cual determina que la congruencia se establece sobre el trípode acusación - petición de condena - sentencia.<sup>5</sup>

Así las cosas, si el fiscal anticipa que ante la práctica probatoria realizada en el juicio su anunciada teoría del caso no tiene oportunidad de prosperar, le asiste la posibilidad de reclamar la absolución, pedido que equivale al retiro de la acusación y que, por su naturaleza y origen, no tiene control por parte del funcionario judicial de conocimiento.

Significa lo anterior que al juez no le está dado, como así lo sugiere la impugnante, indagar si la prueba introducida en el juicio tiene o no la aptitud para demostrar la atipicidad de la conducta y la no responsabilidad del acusado, pues sobre el ejercicio de un acto de parte, como lo es la formulación de acusación o su retiro, no puede ejercer control alguno. En contraste, su deber es verificar si aún persiste el ejercicio de la acción por parte del acusador, y si llegare a una conclusión negativa, ya sea por que se produjo retiro de la acusación o porque su titular reclamó la absolución, su determinación debe ser lógica y racionalmente la de acoger la solicitud formulada por la fiscalía”<sup>6</sup>.

Así las cosas, se avizora que la Corte Suprema de Justicia, en tratándose del tema del retiro de cargos, ha alzaprimado el principio de congruencia que consagra el Código

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de julio de 2006, radicación No. 15843, reiterada en auto del 21 de marzo de 2012, rad. 38256 (cita propia del texto).

<sup>6</sup> COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Providencia 40988 (11 de septiembre de 2013). MP: José Luis Barceló Camacho. Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

de Procedimiento Penal en su artículo 448 y que prescribe que “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”<sup>7</sup>, lo que se enmarca en que “la Fiscalía conserva una cierta potestad para incidir de forma autónoma en las resultas del proceso, pues, si solicita absolución o se abstiene de pedir condena por el delito objeto de acusación o uno de ellos, invariablemente el juez debe absolver”<sup>8</sup>. Todo ello bajo el tamiz de aquella máxima procesal (propia del derecho privado) que se ha extendido al derecho penal: “*nemo iudex sine actore*”, que propugna por un juzgamiento impulsado por el Órgano persecutor, en el que el Juez sólo tiene la posibilidad de resolver sobre las pretensiones de las partes, sin oficiosamente amparar la acusación.

“Esto es así porque la congruencia tiene que ser entendida como parámetro de racionalidad en la relación que debe existir entre acusador y fallador pues lo ejecutado por el primero limita las facultades del segundo; y ello tiene que ser así porque siendo la Fiscalía General de la Nación quien a nombre del Estado ejerce la titularidad de la acción penal, los jueces no pueden ir más allá de lo propuesto como elementos fácticos y jurídicos de la acusación. Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma

---

<sup>7</sup> COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 906 (31 de agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2004. No. 45658.

<sup>8</sup> COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Providencia 34370 (13 de diciembre de 2010). Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de *factum* y de *iure* le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación”<sup>9</sup>.

Ahora bien, la otra postura asume una posición diversa respecto a la operatividad del retiro de los cargos, morigerando aquella idea de que el proceso penal es eminentemente dispositivo, para concluir que el carácter público del derecho penal impide que la labor de persecución criminal dependa de la exclusiva voluntad de un órgano que, al interior del procedimiento, funge como parte, para que, por el contrario, esté guiada o controlada por la judicatura, y así, ante la renuncia de la Fiscalía de su acción, los jueces no se sometan a esta parcializada determinación, sino que analicen el fundamento para ello y establezcan su viabilidad, como garantes de un proceso gnoseológico en el que, en todo caso, el norte es hallar la verdad.

Todo ello bajo el tamiz del control judicial de la acusación, que apunta a que el Juez no es un convidado de piedra respecto al progreso de la acción penal y cuando conoce de ella, se relaciona y, por tal, está llamado a hacerle control, en aras de materializar la justicia; lo cual debe aplicarse en todos los eventos en que la pretensión punitiva (i) varía en detrimento de la realidad probatoria o (ii) se altera en aplicación del principio de oportunidad, una solicitud de preclusión y, como es postura de esta investigación, posiblemente cuando se retiran los cargos.

---

<sup>9</sup> COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Providencia 30838 (31 de julio de 2009). MP: Yesid Ramírez Bastidas. Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

Sobre el particular hágase mención a decisión de la Corte Suprema de Justicia, en la que si bien no hay mención expresa al control del retiro de cargos, se encuentran fundamentos para fundamentar su eventual necesidad:

“Las facultades del juez para hacer el control material a que se viene haciendo referencia se sustenta en las siguientes razones:

En el sistema acusatorio las garantías fundamentales de las partes o intervinientes no pueden ser vulneradas en los procesos abreviados u ordinarios de la Ley 906 de 2004. El ordenamiento jurídico en esa materia le impuso al juez el deber de hacer control material para salvaguardarlas.

Y ello es así mientras la Carta Política establezca que el Estado Colombiano es de derecho (artículo 1°), que la Constitución es norma de normas (artículo 4°), que debe prodigarse en los procesos judiciales igualdad de trato jurídico (artículo 13), que el juzgamiento tiene que adelantarse en forma debida y con respeto por las garantías establecidas para las partes e intervinientes (artículo 29), o se le haya asignado a los jueces y magistrados el sagrado deber de administrar justicia (artículo 103, modificado por el 1° del Acto legislativo 03 de 2002), misión en la que ha de hacerse prevalecer el derecho sustancial (artículo 228).

La potestad de hacer control constitucional que se le reconoce con criterio pacífico al juez implica control material, porque para que en los procesos penales se realice la justicia como valor, garantía y derecho fundamental, además de los

principios referidos en el párrafo anterior, la Ley 906 de 2004 y las normas que la han modificado, consagran que los jueces deben orientar sus decisiones por el “*imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia*” (artículo 5°); han de obrar con sujeción a la legalidad (artículo 6°); el respeto por los derechos fundamentales “*de las personas que intervienen*”, la eficacia de la justicia; la prevalencia del derecho sustancial; la no autorización de acuerdos o estipulaciones que impliquen “*renuncia de los derechos constitucionales*”; la facultad de corrección de los jueces de garantías y de conocimiento debe circunscribirse a los “*derechos y garantías de los intervinientes*” (artículo 10° y 136); que las víctimas conozcan la verdad, se les administre justicia en el problema jurídico en el que están inmersos y se respete el derecho a la reparación, además “*que se consideren sus intereses al adoptar una decisión*” (artículo 11); de otra parte la aceptación de cargos y las negociaciones deben “*aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento*” (artículo 348), de tal manera que “*obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*” (artículo 351 inciso 4°), previsión esta que está estrechamente ligada con el principio general que la Fiscalía debe adecuar “*su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley*” (artículo 115) y como deber específico debe “*Proceder con objetividad*” (artículo 142).

Importante resulta subrayar, para la comprensión del criterio que se sustenta, que la Ley 906 de 2004 no excluyó de los procesos penales ordinarios y abreviados los

controles del juez sobre el error en el nomen iuris, la congruencia, en la preclusión por atipicidad que sea de carácter absoluto y no relativa y velar en todo momento por las garantías fundamentales de partes e intervinientes.

Los principios y las reglas a que se viene haciendo referencia parten del supuesto que el fiscal es el titular de la acción penal, pero también aquellas le otorgan al juez el deber de administrar justicia en el caso concreto, al primero se le faculta para promover la investigación comunicando los supuestos de hecho con trascendencia en el ámbito penal conforme a la ley penal aplicable y de ahí en adelante la relación jurídica que surge luego de su comunicación genera derechos, obligaciones y deberes procesales y sustanciales para el fiscal y las demás partes e intervinientes y el juez debe velar porque ello sea así, para el servicio de la justicia material en el expediente al cual se ha integrado como patrimonio lo que se ha judicializado, momento procesal a partir del cual los derechos exclusivos son una situación excepcionalísima y no la regla ni el principio.

Se debe respetar la iniciativa de la Fiscalía en la imputación en lo que atañe al supuesto fáctico, así como las actuaciones que sobrevengan como consecuencia de ello, por tanto comunicados los hechos y la atribución jurídica, sobre ésta última *excepcionalmente* el juez hará control material para restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo o en un juicio ordinario en el que un error en el nomen iuris conlleva a una solución absurda y por ende agravia en sus



garantías a partes o intervinientes, verbigracia se expresan pretensiones por estafa cuando indiscutiblemente se trata de un peculado o se pide condena por concierto para delinquir en situaciones exclusivas de una rebelión, o arbitrariamente se desconoce una circunstancia de agravación, etcra.

El preacuerdo o el allanamiento es ineficaz, no es oponible jurídicamente, cuando no satisface los presupuestos a los que se viene haciendo referencia, su quebrantamiento conlleva no solamente un consentimiento viciado sino también el desconocimiento de otros derechos fundamentales.

La condición del Fiscal de ser el titular de la acción penal cierra toda posibilidad para que el juez pueda desconocer la comunicación **fáctica** que hace en la audiencia de formulación de imputación, pero **las actuaciones posteriores a esa situación no se rigen por la misma regla limitante**, opera el control jurisdiccional material en pro de las garantías de todos los sujetos vinculados a la relación procesal.

En el sistema acusatorio el control material del juez a la actuación de la fiscalía es un deber constitucional, específicamente en lo que atañe a la estricta tipicidad, así fue impuesto por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad de obligatorio acatamiento a decir del artículo 243 de la Ley 270 de 1996. Ese ya no es una asunto polémico, complejo y discutible, su alcance ya está definido a través de sentencias de exequibilidad que no pueden ser desatendidas, pues en tales

decisiones no se advierte un defecto orgánico. A estos fallos nos referiremos seguidamente.”<sup>10</sup>

### **6.3 Marco Jurídico**

**Constitución Política** de Colombia, art. 250.

#### **Bloque de Constitucionalidad**

Este trabajo es susceptible de dos enfoques, como quiera que puede hacerse desde el plano de las víctimas y su derecho al hallazgo de la verdad, propósito que podría entorpecerse con la abdicación de la acción penal, la cual es una figura que, en el segundo enfoque, tiene una gran trascendencia en lo que al “encartado” concierne. Es por ello que al buscarse las bases normativas para este trabajo, importante se tornan, de un lado, las garantías de las víctimas y, de otro, las del procesado; ambos directos interesados ante un eventual retiro de cargos. En esa medida se tuvo en cuenta:

- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.
- Artículo 8 y 9 Convención Americana de Derechos Humanos.
- Artículos 25 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

---

<sup>10</sup> COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Providencia en acción de tutela 73555 (20 de mayo de 2014). MP: Eugenio Fernández Carlier. Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

- Artículo 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

**Código de Procedimiento Penal** (Ley 906 de 2004). Artículos 5, 6, 7, 10, 11, 12, 15, 23, 25, 26, 27, 66, 114, 115, 336, 337, 348, 349, 350, 351, 352, 361, 371, 372, 382 y 446 para clarificar los roles dentro del procedimiento. Del artículo 321 al 330 lo relacionado con el principio de oportunidad y su control judicial, mientras que lo referente a la preclusión y la absolución perentoria se encuentra del art. 331 al 335 y, finalmente, el art. 442 ejusdem.

En el plano **jurisprudencial** se encuentran las siguientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia que alusión expresa al retiro de cargos hacen.

15843 del 13 de julio de 2006 (fundacional), 23243 del 14 marzo 2007, 27413 del 13 de marzo de 2008, 26099 del 27 de octubre de 2008, 34370 del 13 de diciembre de 2010, 32685 del 13 de marzo de 2011, 35179 del 7 de abril de este mismo ultimo año y, finalmente, 40988 del 11 de septiembre de 2013.

## 7. METODOLÓGIA DE INVESTIGACION

### *7.1 Tipo de Investigación.*

Como quiera que el trabajo posee una fracción dedicada a la enunciación de características básicas de la pretensión punitiva y, en concreto, de la acción penal dentro de nuestro ámbito de enjuiciamiento, así como con ella se hace necesario esbozar rasgos y elementos configurativos de algunas fórmulas legales de renuncia de la acción penal, debe sellarse que la presente investigación, en un primer momento, puede estimarse de carácter descriptivo. No obstante, como las aspiraciones del trabajo van más allá y están dirigidas a encontrar fundamentos jurídicos para defender o acometer frente a una figura jurídica novedosa, en cuanto es de utilización recurrente pero sobre la que no se ha ahondado para darle claridad a su viabilidad, hemos de concluir que nos encontramos ante una investigación exploratoria.

Investigación exploratoria de la que, valga anotar, no se harán estudios de campo, en tanto, posee un enfoque eminentemente teórico, que se desenvolverá con la búsqueda de cimientos legales, jurisprudenciales y doctrinales que den luces acerca de la aptitud del retiro de cargos como figura jurídico-procesal válida dentro del sistema penal colombiano de tendencia acusatoria.

Ahora, según la naturaleza de la información que habrá de tenerse en cuenta para desarrollar el trabajo, hemos de calificarlo como cualitativo.

### *7.2 Ámbito de la investigación.*

La pretensión acusatoria es elemento inseparable de todo ordenamiento jurídico-penal de cualquier Estado moderno, pero el presente trabajo está dirigido a la exploración de la posibilidad de renuncia de ella sólo en el espacio nacional, ubicándonos temporalmente desde la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, en tanto, el propósito es verificar la procedencia del retiro de cargos en la sistemática de juzgamiento criminal que actualmente nos rige, dejando claridad que autores de variadas nacionalidades habrán de consultarse, pero las resultas del trabajo están dirigidas a un fenómeno local, esto es, a nivel del proceso penal colombiano transformado desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004.

### ***7.3 Técnicas e instrumentos para la recolección de datos.***

Como quiera que para emprender y desarrollar la investigación que aquí nos convoca, de suma trascendencia resulta la recolección de datos teóricos provenientes de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, para tales efectos son altamente útiles instrumentos como computadores con acceso a internet, tanto para la selección de información en la Web, como para registrarla y conservarla; a lo que se suma el material bibliográfico en físico, que se torna indispensable cuando de adelantar una investigación teórico-exploratoria se trata, todo lo cual deja en evidencia que la técnica por antonomasia para sacar adelante este proyecto lo será la indagación, discriminación y selección de información en bibliotecas, tanto virtuales como físicas.

Como técnica de almacenamiento de la información y para agruparla de acuerdo a sus ejes temáticos, se ha recurrido a la realización de resúmenes analíticos, los cuales se

han ido consignando en documentos de tipo electrónico, en los que se consignan los apartes pertinentes [citas] de códigos, leyes, libros, enciclopedias, revistas científicas, entre otras fuentes escritas.

## 8. DESARROLLO TEMATICO

### CAPITULO I: PROCESO Y PRINCIPIOS ACUSATORIOS

Toda clase de proceso, sea dentro del ámbito de las ciencias exactas o de las ciencias sociales (también llamadas ciencias del espíritu), requiere el decurso consecutivo de etapas que buscan lograr un fin determinado. En el caso específico de los procesos judiciales, los mismos están diseñados como un conjunto de actos solemnes concatenados, que propenden por dirimir conflictos sociales, a través de sentencias proferidas por autoridades competentes, que se caracterizan por su fuerza ejecutoria, erigida en la validez jurídica que ostentan.

Desde la propia concepción básica del Proceso, queda elucidado que existe un dinamismo propio del derecho, cual es la confrontación de 2 partes, cada una apalancada en sus perspectivas sobre una materia (pretensiones) y el respaldo probatorio con el que cuentan, en pro de que sea el juzgador, quien de manera imparcial y objetiva, opte por una solución racional al conflicto, capaz de generar legitimidad social y aceptación frente al Marco Constitucional y Legal.

Por supuesto, el proceso penal no es ajeno a la lógica esencial sobre la que se edifica cualquier sistema de secuencia racional, por el contrario y debido a las amplias facultades que regenta el Estado, al momento de afectar derechos constitucionales fundamentales de los asociados en uso del *ius-puniendi*, demanda un respeto irrestricto del **debido proceso** y de las demás garantías neurálgicas, formuladas como principios en clave constitucional. Lo que de antemano significa, que el rito de enjuiciamiento

criminal, ha de ceñirse en un todo al procedimiento consagrado por la Constitución y la Ley.

De este entramado, se desprende desde la visión histórica de la Teoría General, la gran clasificación de los procesos en inquisitivos y acusatorios (que suelen confundirse con adversariales), los cuales se diferenciarán -básicamente- en cuanto a su teleología, la división de funciones entre quienes ejercen la investigación y el juzgamiento, así como en las potestades que el marco jurídico le brinda al juez para alcanzar los cometidos propuestos, como por ejemplo en la posibilidad que se tiene en los primeros, de practicar pruebas de oficio, superándose el interés de las partes, a fin de arribar a la verdad real de los hechos, lo cual no es factible -por regla general- en los segundos, pues ello impacta directamente en la imparcialidad del fallador.

De tal modo, precítese de antemano, que la sistemática procesal regulada por el actual Código de Procedimiento Penal colombiano (Ley 906 de 2004), concibe un proceso penal de naturaleza adversarial con una marcada tendencia acusatoria, que se funda precisamente en el **principio acusatorio**, según el cual el procesado no podrá ser fulminado con sentencia de condena, si los hechos que se le atribuyen no constan en la acusación, como tampoco procederá una decisión tal si el Ente Fiscal así no lo solicita.

Hechas tales advertencias, anúnciese que será el catedrático José María Asensio Mellado<sup>11</sup> -entre otros- quien servirá de bastión y de faro en el camino epistemológico que escuetamente pretende recorrerse en este apartado.

### **Breves precisiones históricas y conceptuales del Proceso Acusatorio**

---

<sup>11</sup> ASENSIO MELLADO, José María. Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. 1ed. España: Editorial Trivium S.A, 1991. 133p. (campomanes, 5- 28013 Madrid) ISBN: 84-7855-928-0.



## 1. Sobre el principio acusatorio denominado “Formal o Mixto”

Según se tiene noticia gracias a la historia universal, *“el principio acusatorio fue la consecuencia, en los albores de un Derecho penal incipiente, de la atribución al delito de naturaleza privada, hecho éste que se manifestaba tanto en la reserva a los particulares sin excepción y, en concreto, en un momento inicial únicamente al perjudicado u ofendido, de la persecución penal, cuanto en la existencia exclusiva de Tribunales de corte popular, no permanentes, a los cuales, en buena lógica, y precisamente por el carácter, no se les podía exigir la tramitación de un procedimiento de oficio, ni la recogida del material procesal”*<sup>12</sup>, lo cual significa, que surge como efecto de la justicia privada, precisamente para evitar los exabruptos que ésta procura y acolita.

Recuérdese que en su origen, como lo precisa ARMENTA DEU: *“el proceso correspondía a una concepción privada del derecho penal (que probablemente como en el original sistema germánico no se diferenciaba del proceso civil) y en primer momento se auto-tutelaba...”*<sup>13</sup>, o lo es que equivalente, *“...cuando empieza por limitarse la venganza o autodefensa no se busca precisamente que la acción punitiva sea pública, sino que se propendió por rechazarse la autorealización coactiva de cualquier derecho”*<sup>14</sup>.

Paso a paso, como bien lo relata ASECIO MELLADO, emanan ciertos delitos que reciben la calificación de públicos, coincidiendo este evento con el robustecimiento y consolidación del Estado, lo que abre brecha –sin lugar a hesitaciones- *“a un hito*

<sup>12</sup> ASECIO MELLADO, José María. El Principio Acusatorio. En: Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. España: Editorial Trivium S.A, 1991. p.14-28

<sup>13</sup> ARMENTA DEU, Teresa. La Naturaleza del Derecho Subyacente y el Sistema Acusatorio. En: Principio Acusatorio y Derecho Penal. 2ed. Zaragoza España: José Ma. Bosch. Editor, S.A (Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad de Barcelona), 1995.p.21

<sup>14</sup> Ibíd., p.21

*histórico fundamental, cual es el nacimiento de la acción popular que se convierte así y se mantiene hasta nuestros días como elemento característico del principio acusatorio por lo que supone de publicación del delito y, a su vez, de limitación del monopolio estatal*”<sup>15</sup>.

En auxilio de lo que viene, GÓMEZ ORBANEJA<sup>16</sup>, citado por nuestro guía, establece cómo características distintivas del sistema acusatorio, las siguientes:

- “a) No iniciativa propia del Juez, Este ni puede poner en marcha el proceso, ni en su seno investigar los hechos delictivos. Su misión es tan sólo examinar lo que las partes le aportan, y sobre ello decidir.
- b) En consecuencia con lo anterior, es proceso acusatorio es contradictorio, oral y público.
- c) En la decisión, al igual que en la “acción”, la comunidad no está representada por funcionarios, sino por legos no adscritos a una jerarquía. De ello, y de la oralidad e inmediación, se deriva el principio de instancia única”.

Se tiene conocimiento entonces por los históricos del derecho, que el proceso inquisitivo “*aparece en la Edad Media fruto de la elaboración del derecho canónico y como consecuencia de determinados factores diametralmente opuestos a los anteriores. Así y frente al carácter no funcional de los jueces de antaño, los de ahora gozarán de la cualidad de permanencia, dato éste que favorecerá la persecución de los hechos penales de oficio como característica definitoria del nuevo sistema. Por tal motivo ya no se ha de requerir la actuación de acusador alguno y será el mismo Juez, por propia*

<sup>15</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 15-16

<sup>16</sup> GOMEZ ORBANEJA, E. HERCE QUEMADA, V., Derecho Procesal, vol.II, Derecho Procesal Penal, 4 ed. Madrid 1954, Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., P.16

*iniciativa, el que recoja el material procesal, lo conforme y aprecie. El procedimiento, pues, deviene escrito y secreto, y las pruebas a practicar serán las determinadas por el Juez. En fin, el Juez investigador y acusador será el que dicte la sentencia con merma de toda garantía de imparcialidad”<sup>17</sup>.*

GÓMEZ ORBANEJA<sup>18</sup> destaca los subsiguientes, como instituciones implícitas del modelo inquisitivo:

“a) El Estado procede de oficio, siendo el mismo acusador el encargado de juzgar.

A tal efecto, se crean órganos permanentes. En resumen, lo que era derecho y competencia de todos se convierte ahora en derecho y competencia de unos pocos.

b) La función de juzgar se especializa. El Juez ya no es un árbitro nombrado por las partes, ni tampoco un igual del inculpado. Ahora es un técnico. Por ello la justicia penal pierde su carácter popular.

C) El procedimiento es escrito y secreto. Sin embargo, y como contrapartida, la prueba legal y la apelación limitan el poder de los jueces”.

Pues bien, acota una de las doctrinantes a la que seguimos en este tópico, *“que si bien el sistema inquisitivo denotaba una debilitación de la posición imparcial del juez -y ello junto a la tortura y el absurdo secreto cavarón la fosa de su progresiva*

---

<sup>17</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 16

<sup>18</sup> GOMEZ ORBANEJA, E. HERCE QUEMADA, V., Derecho Procesal, vol.II, Derecho Procesal Penal, 4 ed. Madrid 1954, Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., P.16

*erradicación- no supone incompatibilidad alguna con la concepción de la acción penal como derecho a poner en marcha la justicia para el castigo del delito”<sup>19</sup>.*

De otra parte, la Revolución Francesa reporta un mojón histórico que necesariamente repercute también en el proceso penal, amén de las prerrogativas esenciales por las que se propugno en ese momento, a fuerza de lucha y sangre, en pro de desterrar los resquemores inquisitivos que para dicha época campeaban. Fue allí donde brotó, *“coincidiendo con la instauración del Jurado y sus consecuencias, el sistema formal o mixto que se ha extendido hasta nuestros días”<sup>20</sup>*. Reitérese, *“la ilustración, la Revolución Francesa y la doctrina de la separación de poderes obligaban a garantizar ineludiblemente la independencia judicial y sobre todo su carencia absoluta de facultades legislativas directas o indirectas”<sup>21</sup>*.

Sépase y entiéndase que para aquella época, el *Leviatán* (Según Thomas Hobbes) no permitiría que la persecución de los crímenes cayera en manos de los particulares, sólo por hacer respetar los principios de la inquisición todavía vigentes en el escenario, es decir, que dicha competencia seguía conservándose en el ente oficial. No obstante lo señalado:

“en lo que constituye una característica del sistema íntimamente ligada la fundamental de división del proceso en fases encomendadas a su vez a distintos órganos, el Estado desdobra formalmente sus funciones acusatorias y decisorias, encomendándolas a sujetos diferentes unos de otros. Así pues, y aunque no se remita la iniciativa de la persecución penal a los particulares, siendo así que incluso es compatible en ciertas legislaciones este modelo con el monopolio

<sup>19</sup> ARMENTA DEU. Op. Cit., p. 22

<sup>20</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 16

<sup>21</sup> ARMENTA DEU. Op. Cit., p. 22

estatal de la acusación, la realidad positiva es la erradicación de la acusación de oficio sostenida por el mismo órgano sentenciador, lo que da garantía de neutralidad, objetividad y transparencia, pues el ente que decide ya no estará contaminado y sugestionado por su propia postura de investigación”<sup>22</sup>.

Así las cosas, el nuevo sistema denominado acusatorio, *“implica el mantenimiento de la acusación por un tercero distinto al Juez, llámese éste Fiscal como sucede en general, o sea por el contrario el particular ofendido o perjudicado entendido ello en sentido amplio. Lo que sucede, sin embargo, es que esta situación va a implicar todo un cúmulo de resultantes que hacen que el modelo mixto no pueda ser definido tan sólo en atención al dato del desdoblamiento de funciones acusadoras y decisoras”*, de acuerdo a lo consignado en el texto *“Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal”*<sup>23</sup> en el que se cita a GIMENO SENDRA<sup>24</sup>.

Por manera que, el proceso penal -Afirma ASECIO MELLADO-, *“como efecto de aquel esquema, se va a configurar como un proceso de partes, a imagen del modelo civil nos dice GOLDSCHMIDT”*<sup>25</sup>, traduciéndose ello en síntesis -según lo sostuvo de antaño el Tribunal Constitucional Español<sup>26</sup>, en que se denota *“la exigencia de una contienda entre dos partes que se resolverá por un órgano situado por encima de ambas. Dicha contienda entre partes precisará, en buena lógica, entre otras disposiciones, el*

<sup>22</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 17

<sup>23</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 17

<sup>24</sup> GIMENO SENDRA, “Fundamentos del Derecho Procesal”, cit. P. 190. Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 17

<sup>25</sup> GOLDSCHMIDT, J., Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, Barcelona, 1935. Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 17

<sup>26</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia 53/1987, del 7 de mayo. Citada por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 17

*debate contradictorio, el respeto del derecho a la defensa en sentido amplio, la necesaria preservación de la imparcialidad jurisdiccional, una relativa vinculación del Juez o Tribunal a las pretensiones de las partes, etc.”<sup>27</sup>*

Estimándose las mociones precedentes y siguiéndose este hilo conductor, deviene imprescindible añadir, que la doctrina más autorizada, caracteriza el Sistema Acusatorio formal o mixto por los subsiguientes rasgos:

“a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez. A esta norma básica se le suele añadir, paralelamente, la exigencia de una acción pública y popular, dato éste que si se adopta una concepción consistente en identificar el acusatorio mixto tan sólo con un desdoblamiento de funciones estatales de forma que el valor de dicho principio lo sea meramente formal, es clara su receptabilidad como elemento distintivo; pero, sin embargo, si se estima, como ya hemos indicado, que el principio acusatorio viene a implicar en cierto modo la configuración del proceso penal como un proceso de partes, hay que concluir con ello que la acción popular no sólo no supone perjuicio alguno al principio de acusación estatal, sino que se erige en postulado esencial para la configuración de un proceso como de signo acusatorio.

b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del Juez sentenciador.

C) Relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes”<sup>28</sup>

<sup>27</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 17

<sup>28</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 17 -18

## **El deber de promover y entibar la acusación que le asiste a un tercero diferente al juzgador**

La formula a que referimos aquí, *grosso modo* significa “*que el Estado procede a desdoblar sus competencias de acusación y decisión en dos órdenes de funcionarios, pertenecientes al mismo Estado, pero distintos entre sí*”<sup>29</sup>, en lo que ALMAGRO<sup>30</sup> ve como una especie de autolimitación del propio Estado en su tarea de imposición de penas dado que, en cierta manera, se subordina la emisión de la sentencia condenatoria a una voluntad anteriormente manifestada de persecución”<sup>31</sup>.

Varios son los pros y los contras que se han enunciado sobre el sistema acusatorio, y especialmente sobre el postulado que se contrae a que la acusación sea apuntalada por ente distinto al que definirá la *litis*, por ejemplo sostiene ROXIN<sup>32</sup>:

“este sistema acoge, por un lado, la ventaja que supone el mantenimiento por parte del Estado de la persecución penal, mientras que, por otro lado, el proceso de acusación garantiza o previene la no confusión en la misma persona de las funciones acusatoria y decisoria” sin que para ello sea obstáculo –añade Asencio Mellado- “la existencia de las acciones pública y popular como fórmulas de control de posibles inhibiciones estatales”.<sup>33</sup>

Y en la misma línea argumentativa profundiza ASECIO MELLADO que:

<sup>29</sup> VIDE ALCALÁ ZAMORA. Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 18

<sup>30</sup> ALMAGRO NOSETE, “Derecho Procesal”. p.175-176. Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 18

<sup>31</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 19

<sup>32</sup> ROXIN. Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 19

<sup>33</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 19

“Lo fundamental en este desdoblamiento funcional, lo que dota de las garantías suficientes, es que la actuación estatal en ambos casos lo es a título de plena independencia, sin remisión ni relación jerárquica alguna entre los órganos públicos acusadores y decidores. Sólo así, y en tanto que el Juez de esta manera queda dispensado de una misión que no le es característica, cuál es la de persecución delictiva, es posible garantizar plenamente la imparcialidad de quien está llamado a resolver *supra –partes* los conflictos surgidos en el seno de la sociedad, de manera que no falta razón a quienes estiman el desdoblamiento que se ha indicado como la primera y más esencial norma de tutela de la imparcialidad judicial”<sup>34</sup>.

Derivase de lo antes dicho, de forma lógica y necesaria que el Juez no podrá impulsar por sí mismo la actuación, pues ello contaminaría su percepción sobre el acaecimiento de los hechos delictivos y la responsabilidad penal del encartado, extremos que constatados dentro de la causa procesal, imponen la sentencia condenatoria, o al no reunirse exigen el fallo absolutorio (inclusive cuando existan dudas por virtud del *in dubio pro reo*), lo que se traduce en que la imparcialidad, la objetividad y la neutralidad del juzgador, depende en gran parte de esa división de funciones inicial que prevé el sistema acusatorio, así lo expresa excelsa doctrina:

“La consecuencia básica de esta separación de funciones es la imposibilidad de la apertura del juicio oral y la propia de la condena de un sujeto sin que medie una previa acusación, que ha de ser formalmente ejercitada y mantenida por aquellos sujetos facultados al efecto, sujetos que siempre habrán de serlo terceros ajenos al Juez o al Tribunal, de manera que si éste, en alguna medida por muy parcial que

---

<sup>34</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 19



sea, asume papeles acusatorios, estará poniendo en peligro su imparcialidad e infringiendo los cánones del principio al que aquí nos referimos”.<sup>35</sup>

Hasta aquí, cabría preguntarnos entonces de la mano de ASECIO MELLADO<sup>36</sup>, ¿qué implica la exigencia jurisprudencial de que la acusación sea formalmente mantenida? y ¿qué consecuencias genera la exigencia de acusación por persona distinta al Juez en orden a una petición de absolución o retirada de la acusación?, debiendo precisarse, que si bien el autor plantea estas dos inquietudes ante el sistema de enjuiciamiento penal español, los mismos interrogantes son aplicables al esquema procesal patrio, como quiera que emanan de la misma naturaleza y comparten principios sumamente similares. Sin embargo, una aproximación a las respuestas, únicamente podrá darse luego de desarrollados los dos primeros capítulos, siendo imprescindible por el momento, hacer unas simples acotaciones al respecto.

### **¿Debe sostenerse la acusación en cuanto menos formalmente?**

La Jurisprudencia extranjera, en especial los Tribunales Supremo y Constitucional Españoles, han sostenido enfáticamente que el pliego de cargos debe ser sostenido por el sujeto procesal en quien se encomendó dicha tarea. La Sentencia 104 de 1987<sup>37</sup>, refirió que es a las partes en pugna a quienes ha de reservarse la competencia del litigio, y en concreto, la acusación debe ser privativa del ente acusador.

---

<sup>35</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 19

<sup>36</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 19

<sup>37</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia 104/1987, del 17 de julio. Citada por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 20

Afirma ASECIO MELLADO que esa exigencia del mantenimiento formal de la acusación, se focaliza en el respeto debido al derecho de defensa, para lo cual, o bien se atiende al dato de que la limitación del objeto procesal por la acusación posibilita la defensa evitando sorpresas atentatorias a este derecho, o bien se recurre al derecho a ser informado de la acusación, estándole vedado al Juez el mantenimiento de posiciones acusatorias, en tanto, el interesado no queda plenamente notificado de los hechos delictivos que se le endilgan, llevándose de calle principios del entramado constitucional, puesto que si la jurisdicción asume tal papel, no transmite una acusación de contenido concreto y claro, sino tan sólo vagas “intuiciones” o si se quiere corazonadas peligrosistas muy difíciles de rebatir. En este punto, es bueno traer a colación a modo de ejemplo, las imputaciones que se hicieron en los procedimientos de inquisición a ciertas mujeres cuando se les tildaba de “brujas”, con base en meras perspicacias o infortunadas coincidencias, sin que francamente, existieran verdaderas evidencias.

Reitérese pues, que según ASECIO MELLADO, *“la acusación debe formularse por los sujetos que acusan, sean públicos o privados, en orden a salvaguardar el derecho de defensa”*<sup>38</sup>, ya que en caso de que no se encuentre bien fincada, los Jueces y Tribunales no podrán acceder al conocimiento diáfano de la misma, es decir –insiste el autor–, *“la relación entre principio acusatorio y derecho de defensa es innegable”*<sup>39</sup>, no obstante concluir, que no es necesario que se “mantenga” la acusación porque con la información de los cargos basta para la unidad defensiva, no sólo es sagaz y arriesgado, sino que puede ser irresponsable e ir en contra vía del pilar en el que se edifica el proceso acusatorio.

---

<sup>38</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 20

<sup>39</sup> Ibíd., p.20

Sumándole elementos a la discusión, el Tribunal Constitucional de España, en sentencia del 16 de febrero de 1988, enseñó que el debate procesal debe conducirse por el sendero del contenido de la acusación, con lo que termina de afianzar, “*que la sentencia habrá de vincularse a la pretensión punitiva, cualesquiera que sean las posturas y alegatos que a su margen efectuó la defensa*”<sup>40</sup>. Se traduce lo anterior, en que el principio acusatorio trae implícita la vinculación a la pretensión punitiva, toda vez que el enjuiciamiento penal propende por esclarecer los hechos criminales y responsabilizar sus autores para asignarles sanciones, como consecuencias jurídicas de su actuar, y en ese escenario al acusado le basta con que la presunción de inocencia permanezca incólume, pues ésta le corresponde desvirtuarla a la parte acusadora.

En el mismo sentido, precísese que “*la acusación define el objeto esencial del proceso, por tanto delimita el ámbito de la contienda contradictoria y de la sentencia, sin que el Tribunal pueda salirse del mismo, ni tenga relevancia alguna en ese proceso una actitud semejante por parte de la defensa*”<sup>41</sup>(*verbigracia* que traiga un testigo que se responsabilice del delito, el cual no podrá sentenciarse en esa misma causa), pues el marco referencial del juicio, son los cargos lanzados formalmente por el persecutor.

Quede claro además, que el axioma acusatorio impide, de manera categórica, que el Juez pervierta su rol y adopte tendencias de incriminación; el Juzgador y así se lo exige la sistemática nuestra, queda atado a la relación fáctica delictiva que le presenta la Fiscalía y está en la labor social de elucidarla, con sustento en las pruebas recaudadas en las diligencias, en pro de materializar los valores superiores de justicia y verdad.

---

<sup>40</sup> Ibíd., p.21

<sup>41</sup> Ibíd., p.21

Para rematar, advérese siguiendo la doctrina, que si los hechos materia de investigación mutan, de forma drástica, en el trascurso de la vista pública, con ello necesariamente se modifica lo que constituye el objeto del proceso; frente a este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Colombiana<sup>42</sup>, si bien admite que la acusación define el marco del juzgamiento, también acepta fincada en el principio de congruencia, que la calificación jurídica del hecho puede variarse hasta las alegaciones finales del juicio oral, sin que se desborde el núcleo fáctico primigenio esgrimido en la imputación y siempre y cuando, sea para favorecer al inculpado, para lo cual debe existir una petición expresa del fiscal.

**¿Qué sucede si la parte acusadora pide la absolución o sustrae la acusación del conocimiento del juez? Respuestas doctrinales.**

A grandes rasgos, uno de los elementos que ayuda a dimensionar el alcance y sentido del principio acusatorio, es el que tiene que ver con las facultades que le asisten a los Jueces o Tribunales, cuando el ente acusador, abandona su rol de tal y retira la acusación o deprecia la absolución del procesado. *“En definitiva, se trata de contestar a la cuestión de si el principio acusatorio conlleva la imposibilidad del proceso sin acusación proveniente de un tercero (público o privado) o, si por el contrario, implica no sólo esto, sino también vedar la condena si la acusación no se mantiene”*<sup>43</sup>. Para tales efectos, que en últimas repercuten de lleno en las conclusiones del presente estudio, debe

---

<sup>42</sup>COLOMBIA. Sala Penal, Corte Suprema De Justicia. Providencia 40.022 (27 de febrero de 2013). Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

<sup>43</sup>ASENCIO MELLADO. Op. Cit., p. 22

indicarse que todo dependerá de si se reconoce que en el proceso penal puede hablarse de una verdadera pretensión punitiva o, *contrario sensu*, si se da por sentado que la “acción penal” no puede cimentarse sobre dicha figura procesal.

Así las cosas, advierte ASECIO MELLADO con prolija ilustración:

“si se sostiene que en el proceso penal no cabe concebirse la idea de pretensión en estricto sentido, comoquiera que el *ius puniendi* pertenece en exclusiva al Estado, se sugiere implícitamente que la “acción” no es otra cosa que deprecar la apertura de un proceso para el esclarecimiento de unos hechos cuya aportación es los determinante de dicho acto, será claro como consecuencia, que el principio acusatorio se identifique bajo el axioma “no hay proceso sin acusación”. Por ello, una vez deducida la acusación, planteado el hecho y abierto el proceso, no será posible la retirada de la acusación, pues la misma pasaría a ser de dominio público; igualmente no producirá efecto alguno la petición de absolucón, en tanto que el proceso una vez en marcha produce el sometimiento de los hechos a la libre valoración del Tribunal. En consecuencia para los seguidores de esta postura, cabría pensar en una “acción” sin calificación jurídica y sin petición de pena. Admitir la vinculación del Tribunal a actos de retirada de la acusación o de petición de la absolucón, sostienen, equivaldría a privatizar el proceso penal”<sup>44</sup>.

Ahora bien, quienes estiman que nada es óbice para que en las causas penales se avale la pretensión punitiva, que viene acompañada de una petición de sanción respecto de un hecho al parecer punible, ejercitada luego de la práctica probatoria, nítido emana de los principios de “no vinculabilidad de la calificación jurídica o de la pena”, que “*toda condena habrá de requerir el mantenimiento a lo largo de todo el proceso, y hasta su*

---

<sup>44</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 22-23

*terminación, de una acusación. La retirada de ésta, o la petición de absolución, equivale a ausencia de acusación y privación de objeto al proceso penal, por lo que la condena puede implicar en estos casos, el vedado ejercicio de la incriminación por el mismo juzgador de oficio. Para estos autores, el principio acusatorio se identifica no sólo con la exigencia de la previa acusación en tanto requisito para la incoación del proceso, sino que aquella es igualmente un presupuesto ineludible para emitir sentencia condenatoria”*

45.

### **¿Es la pretensión punitiva un presupuesto de existencia del sistema penal?**

#### **Objeto y Fin del Proceso Penal**

En cuanto al objeto y punto de partida del proceso penal, adviértase de antemano que no hay posiciones pacíficas o absolutas, pues son múltiples los estudios teóricos dentro del campo del derecho procesal, que propenden por una u otra de las tesis plausibles. En realidad, todo gravita en torno a definir, como lo expone el profesor ASECIO MELLADO, “*si el objeto del proceso penal es la acción, en su acepción concreta o abstracta, o si dicho objeto es una declaración de voluntad dirigida a la imposición de una pena, esto es, una pretensión punitiva*”<sup>46</sup>, lo cual implica que dependiendo como se conciba la iniciación o petición de la parte acusadora en el sistema adversarial, se determinarán las facultades de la judicatura de cara a la decisión que en derecho habrá de tomarse. “*Las consecuencias de esta elección no son baladíes, y ello,*

<sup>45</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 23

<sup>46</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 29

*especialmente, se habrá de notar en materias tales como la admisibilidad o no de la retirada de la acusación y sus efectos*”<sup>47</sup>.

En términos del autor ALMAGRO NOSETE, es evidente que la salida que se le dé a este planteamiento incide directamente en asuntos de alto calado como *“la litispendencia, la correlación entre acusación y sentencia, y la cosa juzgada penal”*<sup>48</sup>.

Reitérese entonces, acerca de la influencia que tiene esta temática en el presente trabajo -que tiende básicamente por contribuir en la elucidación, de cuáles son las facultades de los jueces y tribunales en el esquema del proceso penal colombiano-, para *“conformar de oficio el objeto del proceso...”*, es decir, hasta dónde le es posible al ente juzgador *“...variar la calificación jurídica, la pena solicitada o apreciar circunstancias modificatorias (in malam partem se agrega) de la responsabilidad criminal u otras formas de ejecución”*<sup>49</sup>, cuando se parte de la idea de que el sistema se enarbola en el principio acusatorio.

Afirma la doctrina más autorizada, que *“el objeto del proceso penal viene constituido por un hecho o suceso de la vida, delimitado natural o jurídicamente, imputado a una persona”*<sup>50</sup>, y de relevancia jurídico –penal. Así entiéndase por objeto la materia o piedra angular *“sobre la que recae la actividad procesal de los sujetos intervinientes en la causa”*<sup>51</sup>, es decir, el núcleo circundante de las relaciones procesales que se tejen en orden a establecer, la ocurrencia de unos sucesos delictivos y la responsabilidad penal de su autor. Otros pensadores por el contrario, piensan que el fin

<sup>47</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 29

<sup>48</sup> ALMAGRO NOSETE, “Derecho Procesal”. Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 29

<sup>49</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 30

<sup>50</sup> Ibíd., p.30

<sup>51</sup> ALMAGRO NOSETE, “Derecho Procesal”.p.170. Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 30

del proceso se circunscribe a *“la clarificación de las consecuencias jurídicas que se derivan del acto enjuiciado”*<sup>52</sup>, o lo que es igual, en el escrutinio de si ese evento justifica la legítima persecución del Estado para investigar y judicializar los infractores de la ley penal. Al parecer, confluyen confusiones entre lo que representa el objeto y lo que constituye el fin del proceso penal, las cuales ciertamente no han podido ser zanjadas de manera contundente –a nuestro parecer- por los estudiosos del tema; tratando de clarificar lo anterior, expresa BAUMANN, *“al hecho como tal se le ha de asignar la afirmación de una consecuencia jurídica ya que sólo puede ser objeto del proceso penal un hecho que pueda reputarse como punible”*<sup>53</sup> y remata ASECIO MELLADO, destacando, que al objeto de la causa procesal pertenece -por antonomasia- la calificación de la conducta como punible (relación fáctica y jurídica) y la enunciación sancionatoria de la misma.

De tal manera, sostener que son los hechos -que revisten características de delitos- por sí mismos, los que dan apertura al enjuiciamiento penal, termina olvidando que tal fenómeno que aparece en el mundo real, amerita y requiere ser investigado y esclarecido por las autoridades oficiales competentes, porqué no solo así lo manda el marco jurídico, sino que lo exige la sociedad a fin de reafirmar la vigencia del orden social justo y como si fuera poco, oculta la posibilidad que se encumbra en nuestro ordenamiento, de que la acción penal- a más de la denuncia- sea iniciada por querrela o por petición especial (Artículo 66 del Código de Procedimiento Penal); derivase de ello, que el *factum* de relevancia jurídico-penal no ingresa al procesamiento sólo o de forma automática, sino que hace su aparición en escena, *“a instancia o a petición de alguien a quien se otorga el derecho de acusar y ello a través de un medio determinado: la acción o pretensión según*

<sup>52</sup> BENNECKE, H. Beling. Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 30

<sup>53</sup> BAUMANN. Citado por ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 30



*las distintas opiniones, erigiéndose, tal medio en presupuesto del ius puniendi...*". En este sentido, resulta imprescindible decantar, la herramienta en la cual se plasmarán los hechos y se fijarán anticipadamente las sanciones, *"...en atención, precisamente a su propio contenido, así como los efectos que la acción o la pretensión producen..."*<sup>54</sup> de cara a la sentencia.

Al respecto, termina reconociendo la doctrina que tan importantes insumos teóricos, referidos a la causa, el objeto y el fin del proceso penal, han de beberse desde la teoría general del proceso o en cuanto menos, haciendo una aproximación –necesaria pero responsable- al procedimiento civil, debiendo por tanto advertirse, que con una visión tan limitada, como aquella que defiende los hechos como única materia del proceso, no alcanza a lograrse tal cometido.

Por manera que, aunque es indiscutible que *"es el hecho el elemento esencial del proceso penal indispensable para la identificación de su objeto, y materia inmediata sobre la cual recae la actividad de las partes, el hecho como tal ha de encajarse en un acto o derecho más general, esto es, la pretensión penal que aparece así como objeto del proceso, siendo el hecho en este contexto el elemento objetivo de aquélla y debiendo, a su vez, contemplarse al hecho desde su vertiente de antijuridicidad y productor de una consecuencia jurídica penal"*<sup>55</sup>.

De otra parte, acerca del propósito del enjuiciamiento criminal, tiene dicho Wach<sup>56</sup>:

*"Fin del proceso penal es la actuación del derecho penal mediante la declaración como existente o inexistente de la relación jurídica entre el derecho que nace del delito y su correlativo deber de persecución"*.

<sup>54</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 31

<sup>55</sup> Ibid., p.31

<sup>56</sup> WACH. Citado por ARMENTA DEU. Op. Cit., p. 21

Mientras que autores como Gómez Orbaneja (España) y Roxin (Alemania) han optado por hacer las siguientes puntualizaciones al respecto:

“Este fin es independiente de la forma que el proceso adopte, no lo es, sin embargo, la forma respecto de la concepción que se tenga del derecho penal sustantivo y de los factores políticos y sociales dominantes en cada época”<sup>57</sup>.

Por su parte la reconocida procesalista TERESA ARMENTA preconiza:

“El fin fundamental del proceso penal, es la actuación del ius puniendi estatal, que obedece o proviene esencialmente de la atribución exclusiva de la imposición de una pena al Estado: el Estado tiene el derecho, pero también el deber, de castigar las conductas delictivas de las que tenga conocimiento; y ese derecho –deber sólo puede ejercitarlo los Jueces y Tribunales a través del proceso penal. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que el ejercicio de ese derecho – deber, por definición, ha de quedar sujeto al principio de legalidad o necesidad; y, además, su carácter público lo convierte en indisponible para su titular -el Estado-.

Además de esta finalidad de actuación del ius puniendi, se reconoce, sobre todo desde tiempos relativamente recientes, que deben corresponder al proceso penal otros fines: en particular, la protección a la víctima del delito y la rehabilitación/reinserción social del imputado”<sup>58</sup>.

No obstante todo lo acotado, debe dejarse por sentado de una vez, que la naturaleza del proceso penal es pública, amén del sumo interés que le asiste a la sociedad encarnada por el Estado, de clarificar las conductas criminales e identificar, judicializar y sancionar

<sup>57</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Barcelona, 1951. p.160-162. ROXIN, 1985. Citados por ARMENTA DEU. Op. Cit., p. 21

<sup>58</sup> ARMENTA DEU, Teresa. El Proceso Penal Fines y Características. En: Lecciones de Derecho Procesal Penal. 2ed. Madrid España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2004.p.32

a sus responsables, en pro de salvaguardar el “orden social justo” (Prometido en el Preámbulo de la Constitución Política de Colombia). A tal intención también se le suma la participación popular que se ha querido tener en el devenir histórico respecto de las causas criminales.

En este punto, de la mano de ARMENTA DEU, es necesario resaltar que: *“la asunción por el Estado de la responsabilidad en el efectivo cumplimiento del derecho penal se compadece tanto con un sistema inquisitivo como con un acusatorio”*<sup>59</sup> -como puede quedar demostrado en la historia judicial reciente de nuestro país-, sin embargo, lo que si marca una diametral diferencia es las garantías fundamentales que se reconocen en cada una de las formas de enjuiciamiento, tema que entrara a determinar el modelo de Estado y la base jurídico –política que le sirve de egida, esto es, la constitución, pues una cosa es que la actuación sea escritural y secreta y otra muy diferente que sea oral y pública, más que todo cuando de legitimidad se trata.

Con todo, ha de reconocerse entonces, que *“el equilibrio jurídico necesario para adecuar el tránsito de la concepción del derecho penal al sistema acusatorio exige ineludiblemente la aceptación de una serie de tensiones y la admisión de correcciones justificables en razón de la valoración positiva de la concepción pública del derecho penal y, a la vez, del sistema acusatorio”*<sup>60</sup>.

Ahora bien, de forma alguna puede criticarse, o esgrimirse como punto de quiebre de la concepción del sistema acusatorio, el hecho de que el persecutor penal inicie de oficio las actuaciones de hechos delincuenciales, pues ello refrenda la publicidad de la

---

<sup>59</sup> ARMENTA DEU, Teresa. La Naturaleza del Derecho Subyacente y el Sistema Acusatorio. En: Principio Acusatorio y Derecho Penal. 2ed. Zaragoza España: José Ma. Bosch. Editor, S.A (Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad de Barcelona), 1995.p.23

<sup>60</sup> Ibíd., p.23

acción penal o la no renuncia del Estado al “ius puniendi”. *“La iniciación del proceso penal a través de denuncia, querrela o atestado, no implica poder de disposición alguno sobre el acto de iniciación del proceso, ni mucho menos sobre el objeto del mismo”*<sup>61</sup>.

Finalmente, importante deviene referir frente al subtema que en este apartado se discurre, que en criterio de la estudiosa TERESA ARMENTA, *“en lo que respecta a las disponibilidades que pudieran aperebirse a lo largo del proceso en supuestos como la solicitud de sobreseimiento de las partes acusadoras, la conformidad o el objeto del proceso (tanto en cuanto a los hechos como respecto de sujetos y calificaciones jurídicas)...”*, han de analizarse detenida y concienzudamente, adelantando sí, que lo planteado *“...en ningún caso implica disponibilidad de las partes sobre el objeto del proceso penal”*<sup>62</sup>.

### **Bases esenciales del Sistema Penal Colombiano**

Ahora, se impone traer a colación aspectos esenciales del Sistema Procesal Penal que actualmente rige, puesto que se constituyen en la plataforma del presente estudio, como los que se derivan a continuación.

Empiécese por anunciar, que la reforma constitucional (Acto Legislativo 03 de 2002), propugnó por dar un viraje del proceso penal, de un sistema mixto con mayor tendencia inquisitiva, a un adversarial de inclinación acusatoria; no obstante según lo puntualiza GUERRERO PERALTA:

“El tema por el cual se inicia la discusión es la adopción de un sistema acusatorio para el proceso penal, aunque se ha demostrado hasta la saciedad que la dicotomía

---

<sup>61</sup> Ibíd., p.24

<sup>62</sup> Ibíd., p.24

acusatorio – inquisitivo se convirtió en un tópico más político que científico. En realidad esa dicotomía únicamente sirve para caracterizar un problema de imparcialidad que se agota en una simple distribución de las funciones de investigación y juzgamiento: quien investiga no debe juzgar, aspecto que hoy día nadie discute a propósito de la búsqueda de un proceso penal objetivo y equilibrado”<sup>63</sup>.

Pues bien, admitido como está que la disputa entre inquisitivo y acusatorio parece estar superada, en tanto nadie discute que por virtud del principio de imparcialidad –que es mayor garantía de justicia y de verdad-, es más sano que “*quien acusa no juzgue*”, lo que sí hay que dejar bien claro, es que los sistemas de tradición continental y los anglosajones, aunque comparten varios conceptos, están inspirados en principios bien diferentes, lo cual -a decir verdad- ha complicado la implementación de nuestro particular sistema acusatorio (Ley 906 de 2004), que quiere tener un “cuerpo” de instrumento anglosajón con un “alma” de pilares continentales europeos. En términos más expeditos lo enseña la doctrina:

“A los a los juristas continentales nos ha seducido el juicio por jurados, la presentación de la prueba en juicio, la oralidad y la celeridad en los procesos, las prohibiciones de prueba y la extensión de las garantías para el imputado. Pero guardamos distancia frente a la realidad de la justicia negociada, la discrecionalidad del fiscal y los métodos de investigación criminal con alto contenido de discrecionalidad policial.”<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Introducción. En: Fundamentos Teórico Constitucionales Del Nuevo Proceso Penal. 1ed. Bogotá D.C. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2005. P. 15 -27

<sup>64</sup> GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p.16

Con todo, y siendo evidentes las diametrales diferencias que traen aparejados los ritos y la filosofía de uno y de otro modelo procesal, lo cierto es que el país necesitaba adoptar un modelo de justicia que se acompasara con los valores, los principios y los postulados humanitarios del Estado Constitucional, prometidos desde la Carta de 1991, fue así que se optó por un procedimiento enarbolado en los pilares de *“Dignidad Humana, Libertad, Prelación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Igualdad, Imparcialidad, Legalidad, Presunción de Inocencia e In dubio pro reo, los derechos de la defensa, oralidad, reconocimiento de derechos de víctimas, lealtad, gratuidad, intimidad, contradicción, inmediación y concentración de la prueba, publicidad, Juez natural, doble instancia, cosa juzgada, restablecimiento de los derechos y la cláusula de exclusión de la prueba ilícita”*<sup>65</sup>.

Por esta razón, tal vez acertada tal vez no, le apostamos al sistema penal acusatorio convencidos de que éste es *“el único que incorpora la vigencia de principios propios de un Estado de Derecho: igualdad de las partes, audiencia o contradicción, principio acusatorio y derecho de defensa en su máxima extensión”*<sup>66</sup>.

De forma propositiva y pensando en que los postulados de ambos sistemas (europeo y anglosajón) –si bien ambivalentes-, pueden convergir y ser complementarios en el enjuiciamiento colombiano, anota GUERRERO PERALTA: *“Las reformas del proceso penal europeo de tradición continental han llegado a demostrar que ese diálogo tiene más desencuentros que coincidencias. Y que si algo ha resultado fructífero de esa intersección en la adopción de una serie de virtudes que en la realidad han dado origen*

<sup>65</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. Título Preliminar: “Principios Rectores y Garantías Procesales”. (31 de Agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Pernal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2004 no. 45658.

<sup>66</sup> ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Op. cit. p.43

*a un nuevo modelo de procedimiento, esto es, un proceso penal adecuado al principio de Estado de derecho constitucional. Lo que el acto legislativo 03 de 2002 nos plasma es justamente esa concepción, en la cual el principio acusatorio es el eje fundamental”*<sup>67</sup>.

### **Principio Acusatorio: fundamento del Sistema Penal Colombiano:**

En nuestro criterio, la mejor radiografía de lo que significa y contrae el principio acusatorio en el proceso penal patrio, la tiene definida el doctrinante OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA en su texto “Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal”<sup>68</sup>, por lo cual haremos nuestras *-in extenso-* sus palabras para precisar sobre el tema.

“Sin duda, el principio de mayor importancia en el nuevo proceso es el llamado Principio Acusatorio. **La última reforma constitucional pretende aproximarse a una estructura de proceso penal del talante continental con principio acusatorio. Su importancia teórica radica en que la separación entre investigación y juzgamiento se convierte en eje directriz de los momentos y actos del procedimiento.** La Constitución Nacional determina en este sentido la división de tareas en el interior de la administración de justicia penal, catalogando las funciones de la Fiscalía General de la Nación y correspondientemente las de los jueces penales en el artículo 250 de la Carta. Además, por voluntad expresa del constituyente del 91, **el artículo 252 de la Constitución establece con toda claridad que aun durante los estados de excepción el gobierno carece de**

<sup>67</sup> GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p.16

<sup>68</sup> GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. La Nueva Lectura Constitucional del Proceso Penal: Derechos y Garantías a la luz del Principio Acusatorio y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Fundamentos Teórico Constitucionales Del Nuevo Proceso Penal. 1ed. Bogotá D.C. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2005.P. 29 -114

**facultad para suprimir o modificar los “organismos y funciones básicas de acusación y juzgamiento”.** Pero, ¿qué debemos entender por principio acusatorio como componente constitucional y cuáles son sus implicaciones? **El principio acusatorio en el procedimiento europeo continental ha generado una copiosa doctrina.** **Una aproximación elemental a este principio establece sencillamente que no existe proceso sin acusación. *nemo iudex sine actore* o, como bien lo expresa la doctrina germana, “donde no existe acusador no hay juez”.** Pfeiffer<sup>69</sup>, autor que seguimos por la claridad de su exposición, establece que **“la apertura de un juicio depende del planteamiento de una acusación”.** En tal sentido, la labor del juez opera como un control del **monopolio de acusación correspondiente a la fiscalía.** Otros autores, como, por ejemplo Armenta Deu, distinguen de manera muy conveniente las nociones de sistema acusatorio y principio acusatorio, considerando al sistema como un modelo comprensivo de los principios de igualdad, contradicción y defensa, mientras que el principio acusatorio propiamente dicho ciñe su contenido estrictamente a la necesaria existencia y conocimiento de la acusación, la exigencia de congruencia entre la decisión judicial final y la acusación planteada y la prohibición de *reformatio in pejus*, valga decir, reiteración y formulación de la acusación ante el juez *ad quem*<sup>70</sup>.

En la doctrina procesal no siempre ha existido claridad teórica sobre el principio acusatorio, pues la dificultad de su definición parte de una superposición de sus

<sup>69</sup> PFEIFER, Gerd. Citado por GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p. 79

<sup>70</sup> ARMENTA DEU, Teresa. La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de Política Criminal en Revista Poder Judicial, Nro. 58, 1999, Madrid, p.261-297. Citada por GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p.79



elementos con otros principios como el de imparcialidad, contradicción o defensa”<sup>71</sup>. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Y agrega el autor que seguimos en este acápite, que los tres enfoques en los que puede concebirse el principio acusatorio, según lo ha sostenido la doctrina, son: “a) *Principio acusatorio como separación de funciones*; b) *Principio acusatorio como garantía de imparcialidad* y c) *Principio acusatorio como eje de la ritualidad del proceso penal del Estado de Derecho*”<sup>72</sup>.

Finaliza GUERRERO PERALTA, arguyendo: “*Cualquiera de los enfoques que se adopte tiene hondas repercusiones para la definición de la estructura constitucional del proceso penal. Cómo es obvio la primera acepción se sitúa en la división estricta de funciones, mientras que los enfoques de ritualidad del proceso e imparcialidad reconducen la discusión a la búsqueda esencial de la máxima garantía del derecho de defensa*”<sup>73</sup>.

De todo este entramado se desprenden, explica Montero Aroca<sup>74</sup>, tres requisitos esenciales para la estructuración de un verdadero principio acusatorio, a saber: “1. *No existe proceso sin acusación formulada por persona ajena al tribunal sentenciador*. 2. *No puede condenarse ni por hechos distintos a los acusados, ni a persona distinta a la acusada*. 3. *No puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad*”<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p.79

<sup>72</sup> GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p.79-81

<sup>73</sup> GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p.81

<sup>74</sup> MONTERO AROCA, Juan. La garantía procesal penal y el principio acusatorio, en Revista La Ley, 1994-1, p.973-984. Citado por GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p.81

<sup>75</sup> GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p.81-86

Para culminar entonces y descifrando lo que a nivel interno representa haber adoptado un sistema adversarial con tendencia acusatoria, cuya espina dorsal es el principio acusatorio, viene pertinente la distinción que hace ARMENTA DEU sobre sendas nociones –advertida en párrafos anteriores por GUERRERO PERALTA-, al esgrimir: *“Se constata así la diferencia entre un “sistema” acusatorio, que comprende la plena vigencia de los principios y derechos señalados, y el “principio” acusatorio, que ciñe su contenido a la necesidad de que exista acusación y que quien acuse no juzgue, lo que en términos del proceso supone conocer de la acusación formulada, la existencia de correlación entre acusación y sentencia, y la prohibición de reformatio in pejus”*<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Op. cit. p.43

## CAPITULO II: CONTROL JUDICIAL DE FORMAS DE CESACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL A INSTANCIAS DE LA FISCALÍA

Cuando la Fiscalía dentro del proceso, hasta antes de comenzar el juicio oral, avizora que su pretensión punitiva no está sólidamente respaldada en el plano probatorio, como para lograr acreditar la existencia del delito y/o el compromiso del procesado, se ve movida a acudir a **la solicitud de preclusión**, petitoria que se debe presentar y sustentar ante el Juez de conocimiento, como quiera que legalmente se ha impuesto la carga para el Órgano persecutor para que fundamente la causal invocada, esto es, para que explique las razones de su dimisión, lo cual será evaluado por el tercero imparcial encargado de resolver el asunto penal.

En efecto, es el mismo texto constitucional el que plantea en su artículo 250 numeral 5° que corresponde a la Fiscalía: *“solicitar ante el Juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar”*, claro aserto normativo que se torna relevante, para efectos de esta investigación, en el sentido que está sustrayéndole discrecionalidad al Titular de la acción penal, indicando que pese a tal rol, cuando se aparta de la acusación y la quiere abandonar, requiere necesariamente el aval del aparato jurisdiccional, todo lo cual significa que la pretensión punitiva y los fundamentos para mantenerla están sometidos a un control por parte del Juez. Lo anterior se puede sintetizar en doctrina autorizada que expresa:

“La Carta fija la función de preclusión en el Juez de conocimiento. Esta regulación resulta armoniosa con el esquema del nuevo modelo, en el cual la

suerte de la acción y del proceso penal está en manos de un juez, sea para controlar el principio de oportunidad, para precluir o para dictar sentencia.

Lo anterior se explica por la calidad de parte que tiene la Fiscalía (aun con sus notas de funciones jurisdiccionales), que lleva a que sea necesaria la existencia de una autoridad imparcial, a fin de garantizar el debido proceso.”<sup>77</sup>

Y tal necesidad de intervención judicial ha surgido porque la Fiscalía ya no es un asociado del Juez en el proceso gnoseológico de hallar la verdad, puesto que en la actual sistemática procesal penal ha adoptado una postura más independiente y parcializada, es decir, de parte, lo que no desdice el hecho de que adelanta un asunto de interés público, por lo que sigue siendo necesario que sus determinaciones no sean entendidas como dispositivas en su forma absoluta, sino que demanda de un representante oficial e imparcial que se interese por evitar que la persecución sea erróneamente renunciada, en desmedro de la sociedad que siempre estará pendiente y, por tal, es interesada principal de las causas penales. Nótese como la Jurisprudencia constitucional ha hecho mención a tal rasgo distintivo del nuevo esquema de enjuiciamiento:

“6.5.3. No ocurre lo mismo con el fiscal que solicita la preclusión resuelta negativamente. No obstante que se trata de un servidor público perteneciente a la rama jurisdiccional del poder público (Art. 116 C.P.), su actuación, de manera general, no es típicamente jurisdiccional puesto que dentro del modelo penal acusatorio diseñado por el A.L. 03 de 2002, su posición institucional es la de titular de la acción penal y parte acusadora dentro del esquema adversarial.

---

<sup>77</sup> BERNAL, Jaime Y MONTEALEGRE, Eduardo. El Proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general. (Tomo I). 6ª ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, abril de 2013.

Partiendo de esta concepción, su actuación en el proceso no está precedida de las mismas exigencias de neutralidad, imparcialidad y equilibrio que deben caracterizar la actuación del juez.

Por el contrario su postura dentro del sistema penal acusatorio está signada por la pretensión fundamental que le demarca el artículo 250 de la Constitución de ejercer la acción penal, cumplir la función acusadora y recaudar evidencias orientadas a desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al investigado. La manifestación de su punto de vista sobre la suerte de la acción penal, a través de una solicitud de preclusión, no tiene el estatus, ni la fuerza vinculante de una decisión judicial, comoquiera que se trata de un acto de parte, sometido a controles de otra índole, diversos a la marginación del fiscal de la investigación. Así lo ha indicado la jurisprudencia de esta corporación al señalar que:

“Resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías”.

El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas: (i) la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; (ii) la exigencia de que la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; (iii) la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal; y (iv) que esté previsto que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la

apelación. No obstante, la controversia de la solicitud del fiscal tal como ha sido regulada por el artículo 333, puede resultar inocua, si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión”<sup>78,79</sup>

Para perfeccionar lo enantes expuesto sea del caso volver a traer a colación lo expuesto en el texto “El Proceso Penal” de los autores Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett al concluir que *“La preclusión, sin importar quien la postule, estará siempre sujeta a control judicial por el juez de conocimiento. De la misma manera el juez puede realizar un control a la acusación, porque es factible que cuando ésta sea infundada, se someta al procesado a un proceso indebido”*<sup>80</sup>.

Lo cual se compagina plenamente con la idea de que el Juez de conocimiento, en todo caso, es un protector de derechos fundamentales, por lo que se justifica su intervención controladora de la acusación, para evitar omisiones, errores o desmanes, los cuales pueden degenerar en una errada solicitud de preclusión. Véase la página 317 del tomo I del mismo texto al apuntar: *“El modelo acusatorio parte de la base de la igualdad de las partes en el juicio. Por lo tanto, surge la pregunta de si el juez de conocimiento tiene funciones de protección de los derechos fundamentales de las partes durante esta etapa. La respuesta no puede ser otra que afirmativa, porque todas las autoridades están*

<sup>78</sup> Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2007. En esta sentencia la Corte declaró la exequibilidad del artículo 33 de la Ley 906 de 2004 *“en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal”*. (cita del texto).

<sup>79</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Providencia en acción de inconstitucionalidad C-881 (23 de noviembre de 2011). MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en la Web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> (Buscador oficial de la Corporación judicial).

<sup>80</sup> BERNAL, Jaime Y MONTEALEGRE, Eduardo. El Proceso penal, Estructura y Garantías procesales. (Tomo II). 6ª ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, abril de 2013. p 755.

*en la obligación de proteger los derechos fundamentales de los asociados y con mayor razón el juez de conocimiento, quien, como juez en la etapa central del contradictorio, debe decidir en derecho sobre los hechos que sean puesto a su conocimiento”.*

Para realzar la anterior idea del Juez como garante de los derechos fundamentales, que se hace fundamento justificante de su intervención en los “actos de parte”, valga traer a colación también a la Corte Constitucional al decir:

“No sobra recordar cómo la Corte Constitucional se ha ocupado de este asunto, y es así que ha manifestado que: “El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (art.10); el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4), así como el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5).<sup>81</sup>

Ahora bien, paralela a aquella figura que tiene la vocación de cesar, con efectos de cosa juzgada, la acción penal y sobre la que ya se habló de un necesario de control por parte del Juez, aparece **el principio de oportunidad**, instituto que de igual manera tiene

---

<sup>81</sup> Sentencia de la Corte Constitucional, (C-516 de 2007), citada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 27 de octubre de 2008, rad. 29979. Postura similar había sido expuesta en la sentencia C-591 de 2005, y así mismo había sido anticipada en la C-425 de 1996, referida al Código de Procedimiento Penal de 1991.

incidencia sobre la persecución penal, puesto que tiene la aptitud para que ella se suspenda, se interrumpa o se renuncie, pero ya no por aspectos de orden material y/o procesal que hacen inviable la acción, sino por criterios de política criminal que apuntan a su abdicación, ya sea temporal o definitiva.

Este es un pedimento que también propone la Fiscalía pero que no conoce el Juez de conocimiento; sin embargo, ello no significa que esté desprovisto de control jurisdiccional, siendo así como la Ley 906 de 2004 también contempla expresamente el examen judicial de la petición como requisito para su aplicación. Contempla el artículo 327 del actual Código de Procedimiento Penal:

ARTÍCULO 327. CONTROL JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 5° de la Ley 1312 de 2009. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.



Queda entonces al descubierto la inexorabilidad que la ley le imprimió al control judicial de este tipo de petición; control que se justifica en la necesidad de verificar lo correcto de darle prelación a un criterio de política criminal, por encima de la estrictez del principio de legalidad.

En verdad, resulta una decisión sumamente trascendental de la que el legislador quiso contar con el aval jurisdiccional, esto es, su control judicial, acerca del cual es dable sellar:

“El estatuto procesal delega en el juez de control de garantías la comprobación de la legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad. Este trámite responde a la nueva concepción del Código acerca del papel de la Fiscalía General de la Nación, al establecerse una instancia encargada de controlar las actuaciones del ente acusador en lo que respecta a la efectiva protección de derechos fundamentales y las garantías procesales. Es un control real de constitucionalidad y de legalidad de la decisión del fiscal. (...)”

El primer interrogante que surge consiste en determinar si el control es simplemente formal o es también material. Es decir: si debe entenderse que la competencia del juez de control de garantías se agota en la constatación de la adecuación del supuesto a las causales legales o si, por el contrario, procede un análisis material de fondo que verifique la razonabilidad de la aplicación. En nuestra opinión, este control debe ser de fondo.

El examen del juez debe estar orientado a comprobar que la decisión del fiscal es pertinente, con base en las características especiales del caso concreto, que no son

vulnerados los derechos fundamentales y que si algún derecho resulta afectado, aquélla tiene un carácter razonable y, en igual medida, proporcional...”<sup>82</sup>

Así las cosas, en tratándose de preclusión y principio de oportunidad no hay duda alguna acerca de la determinación legal de que su procedencia esté supeditada a un control judicial que, por lo expuesto, encuentra asidero en la trascendencia y efectos de tales institutos, justificándose la labor judicial de control en las bases mismas de la sistemática procesal que nos rige y que consagra al Juez como garante máximo de la legalidad del proceso, sin que defenderla le signifique parcializarse o tomar postura.

Para fundamentar aquella idea, según la cual, el Juez penal no es un convidado de piedra y, en consecuencia, está habilitado para hacer un control material de la acusación y las determinaciones de parte que tienen impacto sobre ella, valga traer a colación reciente decisión -en tutela- en la que la Corte Suprema de Justicia dejó al descubierto su posición sobre el particular (la cual, valga acotar, no ha sido pacífica):

“Pareciera que el demandante en esta acción de tutela entiende que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es del criterio que el juez no puede hacer control al Fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, juicio que de manera equivocada se está divulgando entre los operadores judiciales, razón por la cual se aborda dicho tema para hacer las precisiones que el asunto reclama.

Por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos abreviados u ordinarios, ni a las consecuencias que de ello se derivan, pero, excepcionalmente deben hacerlo frente a actuaciones que de

---

<sup>82</sup> BERNAL, Jaime Y MONTEALEGRE, Eduardo. Op. Cit., p. 491.

manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

Las facultades del juez para hacer el control material a que se viene haciendo referencia se sustenta en las siguientes razones:

En el sistema acusatorio las garantías fundamentales de las partes o intervinientes no pueden ser vulneradas en los procesos abreviados u ordinarios de la Ley 906 de 2004. El ordenamiento jurídico en esa materia le impuso al juez el deber de hacer control material para salvaguardarlas.

Y ello es así mientras la Carta Política establezca que el Estado Colombiano es de derecho (artículo 1°), que la Constitución es norma de normas (artículo 4°), que debe prodigarse en los procesos judiciales igualdad de trato jurídico (artículo 13), que el juzgamiento tiene que adelantarse en forma debida y con respeto por las garantías establecidas para las partes e intervinientes (artículo 29), o se le haya asignado a los jueces y magistrados el sagrado deber de administrar justicia (artículo 103, modificado por el 1° del Acto legislativo 03 de 2002), misión en la que ha de hacerse prevalecer el derecho sustancial (artículo 228).

La potestad de hacer control constitucional que se le reconoce con criterio pacífico al juez implica control material, porque para que en los procesos penales se realice la justicia como valor, garantía y derecho fundamental, además de los principios referidos en el párrafo anterior, la Ley 906 de 2004 y las normas que la han modificado, consagran que los jueces deben orientar sus decisiones por el *“imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”* (artículo 5°); han de obrar con sujeción a la legalidad (artículo 6°); el respeto por los derechos

fundamentales “*de las personas que intervienen*”, la eficacia de la justicia; la prevalencia del derecho sustancial; la no autorización de acuerdos o estipulaciones que impliquen “*renuncia de los derechos constitucionales*”; la facultad de corrección de los jueces de garantías y de conocimiento debe circunscribirse a los “*derechos y garantías de los intervinientes*” (artículo 10° y 136); que las víctimas conozcan la verdad, se les administre justicia en el problema jurídico en el que están inmersos y se respete el derecho a la reparación, además “*que se consideren sus intereses al adoptar una decisión*” (artículo 11); de otra parte la aceptación de cargos y las negociaciones deben “*aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento*” (artículo 348), de tal manera que “*obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*” (artículo 351 inciso 4°), previsión esta que está estrechamente ligada con el principio general que la Fiscalía debe adecuar “*su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley*” (artículo 115) y como deber específico debe “*Proceder con objetividad*” (artículo 142).

Importante resulta subrayar, para la comprensión del criterio que se sustenta, que la Ley 906 de 2004 no excluyó de los procesos penales ordinarios y abreviados los controles del juez sobre el error en el nomen iuris, la congruencia, en la preclusión por atipicidad que sea de carácter absoluto y no relativa y velar en todo momento por las garantías fundamentales de partes e intervinientes.

Los principios y las reglas a que se viene haciendo referencia parten del supuesto que el fiscal es el titular de la acción penal, pero también aquellas le otorgan al

juez el deber de administrar justicia en el caso concreto, al primero se le faculta para promover la investigación comunicando los supuestos de hecho con trascendencia en el ámbito penal conforme a la ley penal aplicable y de ahí en adelante la relación jurídica que surge luego de su comunicación genera derechos, obligaciones y deberes procesales y sustanciales para el fiscal y las demás partes e intervinientes y el juez debe velar porque ello sea así, para el servicio de la justicia material en el expediente al cual se ha integrado como patrimonio lo que se ha judicializado, momento procesal a partir del cual los derechos exclusivos son una situación excepcionalísima y no la regla ni el principio.

Se debe respetar la iniciativa de la Fiscalía en la imputación en lo que atañe al supuesto fáctico, así como las actuaciones que sobrevengan como consecuencia de ello, por tanto comunicados los hechos y la atribución jurídica, sobre ésta última *excepcionalmente* el juez hará control material para restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo o en un juicio ordinario en el que un error en el nomen iuris conlleva a una solución absurda y por ende agravia en sus garantías a partes o intervinientes, verbigracia se expresan pretensiones por estafa cuando indiscutiblemente se trata de un peculado o se pide condena por concierto para delinquir en situaciones exclusivas de una rebelión, o arbitrariamente se desconoce una circunstancia de agravación, etcra.

El preacuerdo o el allanamiento es ineficaz, no es oponible jurídicamente, cuando no satisface los presupuestos a los que se viene haciendo referencia, su

quebrantamiento conlleva no solamente un consentimiento viciado sino también el desconocimiento de otros derechos fundamentales.

La condición del Fiscal de ser el titular de la acción penal cierra toda posibilidad para que el juez pueda desconocer la comunicación **fáctica** que hace en la audiencia de formulación de imputación, pero **las actuaciones posteriores a esa situación no se rigen por la misma regla limitante**, opera el control jurisdiccional material en pro de las garantías de todos los sujetos vinculados a la relación procesal.

En el sistema acusatorio el control material del juez a la actuación de la fiscalía es un deber constitucional, específicamente en lo que atañe a la estricta tipicidad, así fue impuesto por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad de obligatorio acatamiento a decir del artículo 243 de la Ley 270 de 1996. Ese ya no es un asunto polémico, complejo y discutible, su alcance ya está definido a través de sentencias de exequibilidad que no pueden ser desatendidas, pues en tales decisiones no se advierte un defecto orgánico.”<sup>83</sup>

Y si se dice que debe “entrometerse” en la acusación cuando se advierten defectos groseros y/o graves, es porque tácitamente se le está permitiendo analizar previamente en su fondo el obrar y determinaciones del encargado de su formulación (Fiscalía), pues esa es la manera para que dilucide la legalidad del acto de parte que, con mayor razón, debe estudiarse cuando tiene por efecto ponerle fin a la acción penal.

Piénsese que si la jurisprudencia tiene dicho que “... Ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo,

---

<sup>83</sup> COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Providencia en acción de tutela 73555 (20 de mayo de 2014). MP: Eugenio Fernández Carlier. Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan sólo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales.”<sup>84</sup>, también resulta predicable que un sistema que tiene por norte el hallazgo de la verdad, que se funda en el valor justicia y que tiene por propósito lograr la garantía de los derechos de las víctimas, no puede permitir que quien sustenta la pretensión acusatoria pueda retirarla sin ningún control, tal y como ocurre actualmente con el retiro de los cargos en la audiencia de juicio oral.

De todo lo discurrido en precedencia surge, a manera de colofón, el siguiente interrogante:

Si renunciar -o suspender- el ejercicio de la acción penal hasta antes de iniciar el juicio oral demanda de un control judicial ¿por qué razón cuando se está en la vista pública la Fiscalía aduce que retira los cargos y el Juez, sin realizar ningún análisis material de fondo, está obligado a acceder al pedimento?

Este es el punto en el que se avizora que la solicitud de preclusión o de aplicación del principio de oportunidad posee un manejo distinto, quizá inconsecuente, que fue el que motivó esta investigación que se cierra con el siguiente capítulo en el que se sentará una postura al respecto y, de contera, se esbozaran las conclusiones a las que se ha arribado.

---

<sup>84</sup> COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Providencia 29979 (27 de octubre de 2008). Disponible en la Web: <http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

### CAPITULO III: FUNDAMENTOS PARA LA VIABILIDAD DE UN RETIRO DE CARGOS

Al desarrollar el capítulo en el que se refirió a la existencia de la pretensión punitiva el propósito trazado se condensaba en dilucidar si la acción que da lugar a las causas criminales era eminentemente dispositiva como ocurre en el proceso civil o, por el carácter público del derecho penal, no estaba ligada de forma absoluta a una parte en contienda sino que, al entrañar intereses colectivos, debía entenderse expresión estatal no renunciable por exclusiva voluntad del Órgano persecutor, es decir, una “acción pública”.

En efecto, la base para este trabajo y la razón de comenzar con un capítulo en el que se hizo alusión a la pretensión punitiva era zanjar una tensión existente entre la autonomía del titular de la acción penal y la necesidad de intervención judicial para controlar sus determinaciones, puesto que a pesar de que la titularidad de la acción se encomendó al persecutor, no menos cierto es que a la Jurisdicción Penal le corresponde establecer la verdad y dispensar justicia material, en aras de mantener la vigencia del orden social y salvaguardar las garantías esenciales de los asociados.

Fue así como se hizo eco de las posturas de varios autores, pero ahora es dable concretar que, atendiendo lo enantes expuesto, el nuevo sistema de corte acusatorio le ha entregado la acusación a la Fiscalía para que la estructure, formule, desarrolle y acredite, como expresión de un proceso adversativo, sin que ello signifique una asimilación a un actor privado que defiende intereses igualmente privados –porque en efecto no lo son– sino que lo postula como un promotor de la acusación que tiene sujeta a condición sus determinaciones; condición que es que **toda** disposición que adopte respecto a la



pretensión que se le ha entregado –pero que no es suya si no del Estado por virtud del *Ius Puniendi*- supere un escenario de aval por parte de un garante de la legalidad, que por su imparcialidad se presupone más apto para adoptar decisiones objetivas, desapegadas de una anímica visión del asunto. Alguna opinión doctrinal, quizá excesiva, pero que sirve para fincar tal postura que propugna por una acción penal intervenida por la jurisdicción:

“En orden a la primera de las cuestiones suscitadas, se mantiene uniformemente la no equiparación entre acción penal y derecho de penar que se cualifican como figuras diferentes, de manera que el origen de la acción penal no es visto en el mencionado derecho de penar. En efecto, nos dice GOLDSCHMIDT, tanto el derecho de persecución penal, cuanto el de condenar y el de ejecutar la pena son derechos justiciales, derechos concretos de la justicia penal, derechos, en definitiva, ostentados por el juez penal. La pena goza de naturaleza pública y por ello no es disponible por los particulares sino que, al contrario, resulta una atribución estatal. No existen, pues, intereses de tipo alguno de carácter privado en la pena, sino que todos lo son eminentemente públicos”

(...)

“En resumen, pues, y de acuerdo con estas teorías, se podría imaginar, lo cual sería perfectamente viable, una acusación en la que únicamente se contuviera una exposición circunstanciada de los hechos junto con la petición paralela de la apertura del juicio oral, sin que fuera necesaria una labor adicional de calificación jurídica de tales hechos, ni, igualmente, solicitud alguna de imposición de pena. El Tribunal sería absolutamente dueño de la acusación una vez está producida en el preciso momento en que se pidiera la apertura del juicio oral. De admitir estos

postulados es clara la imposibilidad de la retirada de la acusación, hecho éste último que no impediría, no obstante operado, una eventual condena.”<sup>85</sup>

Ahora bien, para dejar en evidencia la cercanía entre el proceso penal y el civil, pero a su vez los rasgos diferenciadores que implica que tengan objetos distintos y que, por tal, sugieren la vinculación del juzgador con la pretensión punitiva y que, correlativamente limita la facultad de disposición del acusador, valga hacer la siguiente cita:

El progresivo acercamiento entre los procesos civil y penal ha sido advertido desde hace tiempo por la doctrina, casi siempre desde una perspectiva crítica al menos por lo que se refiere a la dirección penal-civil. Se advierte de este modo una “oficialización” de muchos procesos en donde se entiende prevalente un interés público (paternidad, incapacitación, filiación...) a la par que se reduce el ámbito de disponibilidad de las partes en aspectos procesales (competencia territorial, por ejemplo). Y, simultáneamente, se dan importantes pasos en aras de ampliar –o mejor dicho, crear- ámbitos de disponibilidad de las partes en el proceso penal.

Quizá tenga que ver la postura de un determinado sector doctrinal defensor de la existencia de un derecho procesal público, informado por intereses correspondientes al mismo y fuera de la disponibilidad de las partes. No siendo desacertada esta tesis, se yerra al querer extrapolarla a una configuración “cuasi-privada” del proceso penal, lo que no impide, sin embargo, un simultáneo

---

<sup>85</sup> ASECIO MELLADO. Op. Cit., p. 32.

reforzamiento de la posición del acusador oficial, en detrimento, bien sea de las partes (sobretudo del acusador popular), bien del órgano jurisdiccional”.<sup>86</sup>

Continuando con lo que viene de verse, ilustra el profesor José Martín Pastor:

“En el proceso civil una manifestación del principio dispositivo la encontramos en que con la demanda la parte actora propone el objeto del proceso, que consiste en una pretensión procesal, integrada por una concreta petición y por unos hechos que le sirven de fundamento.

En el ámbito del proceso penal, una manifestación del principio acusatorio formal sobre la determinación del objeto del proceso consiste en que con la acusación se determina el objeto del proceso penal –un acaecimiento real constitutivo de algún tipo de delito- y la persona del acusado, delimitando de este modo el ámbito sobre el que puede proyectarse la potestad de resolución del órgano jurisdiccional penal.

En consecuencia, el principio acusatorio impone que el tribunal limite su enjuiciamiento a las personas acusadas y al “hecho justiciable” (art. 733 LECCRIM) o “hecho enjuiciado” (Art. 789.3 LECRIM) determinados por la acusación que ha dado lugar a la apertura del juicio oral.

El objeto del proceso penal no se identifica por la calificación jurídica de los hechos, ni por la clase y la cantidad de la pena que se pida para el acusado por la acusación.

De lo expuesto se puede concluir que el objeto del proceso penal no es una pretensión procesal, sino un hecho punible que se atribuye a la persona acusada.

---

<sup>86</sup> ARMENTA DEU. Op. Cit., p. 24.

En materia de correlación de la acusación con la sentencia el Juez penal sólo está vinculado por el hecho justiciable y por la persona acusada, no por la calificación jurídica de aquel ni por la pena solicitada por los acusadores”<sup>87</sup>.

Aparece entonces como una conclusión de esta investigación que a la Fiscalía se le ha dado la categoría de parte en el proceso dialéctico y litigioso, sin que ello se entienda que el proyecto estatal de conseguir un orden justo, en el que se persiga y sancione el delito, esté supeditado de forma absoluta al titular de la acción penal, pues tal facultad (y a su vez deber), no es la que se predica de los particulares respecto a sus derechos subjetivos, como quiera que el Fiscal del caso no busca reclamar sus personales intereses, sino que es un verdadero delegado que ejecuta un propósito oficial que, por incumbir a todos los integrantes del Estado, no puede tratarse como una pretensión particular e individual. Es por lo dicho que se hace importante mención al carácter público del derecho penal.

Carácter público del derecho penal (en el que el Estado no es un veedor sino un verdadero interesado) y la correlativa relevancia de la acción punitiva que se diferencia de la pretensión privada, sea del caso mencionar que el Legislador no dejó de lado tal relevancia y, por ello se evidencia, que quiso proporcionar un sistema de enjuiciamiento que estuviese blindado de eventuales errores de la Fiscalía, atendiendo a que con ellos no se afectarían intereses individuales, sino que se desestabilizaría aquel propósito constitucional de un orden justo.

---

<sup>87</sup> PASTOR, José M. Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil. *En*: La convergencia entre proceso civil y penal, ¿Una dirección adecuada? Coordinadora ARMENTA DEU, Teresa. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo. 2013.

Orden justo que, a no dudarlo, sería tirado por la borda si ante unos hechos que constituyen infracción penal y que demandan castigo, el encargado de que ellos sean sancionados indebidamente abandona su rol y, en consecuencia, entorpece una acción penal legítima, desertando su pretensión.

Retomando entonces que el legislador quiso acortar o restringir los riesgos propios de una acción penal dependiente en exclusiva de quien ostenta la calidad de parte, quien también está impregnado por la falibilidad que caracteriza la condición humana, creó controles para las determinaciones que inciden sobre la continuación de la prosecución penal, para que así, no fuese la abdicación de la acción una determinación exclusiva de parte, sino que se tratara de una solicitud necesitada de aval.

Aval que le fue encomendado a los jueces, planteándose en la Ley 906 de 2004 que sería objeto de control judicial tanto la aplicación del principio de oportunidad como la preclusión de la investigación e, incluso, la absolución perentoria, lo cual se desarrolló en el segundo capítulo de este trabajo, con el afán de evidenciar que fue propósito del nuevo sistema de enjuiciamiento que cualquier evento que alterara la pretensión punitiva y generara su dejación, fuera analizado y concedido por un órgano jurisdiccional distinto a la parte que lo pide.

Fue allí donde se germinó la inconformidad de por qué, todo lo antes expuesto, no era predicable de la figura del retiro de cargos, en tanto, de la forma como está siendo aplicado se abstrae que cuando la Fiscalía así lo solicita, el Juez no realiza ninguna valoración de fondo sobre la efectiva existencia de fundamentos para que la petitoria salga adelante, sino que a ella accede de forma abstracta, sin control material alguno, bajo la idea que no puede condenarse por hechos por los que no se ha reclamado condena.

Con todo, surge necesario resaltar, que con esta investigación se acompaña el parecer de la doctrina que opina que en un sistema acusatorio, como el que actualmente está implementado, sí es posible hablar de pretensión acusatoria, dado que en el proceso penal colombiano, a la Fiscalía no le basta con poner en conocimiento del juez los hechos que revisten características de delitos, indicando sus posibles autores, sino que está obligada a lanzar unos cargos (desde la formulación de acusación hasta los alegatos de clausura en el juicio) en contra del presunto responsable, calificando jurídicamente la conducta punible; es allí donde precisamente se aloja la pretensión punitiva, en la medida que si el ente acusador convoca a juicio una persona, con la intención de que la misma sea condenada por unos hechos (imputación fáctica) que configuran delitos (imputación jurídica) y por ende generan consecuencias jurídicas (petición de condena), es apenas obvio y natural que el procesado sea notificado del pliego por el que se le acusa, para que éste ejerza los derechos de defensa y contradicción, con lo cual queda limitado el ámbito de debate, pues la judicatura no podrá extraviarse de ese petitorio, es decir, no podrá fallar por fuera de dichos presupuestos.

Bajo este entendido, es menester puntualizar que es esta óptica y no la de sus opositores, la que se compadece con la Estructura Constitucional del Estado Social de Derecho instaurado con la Constitución Política de 1991 y edificado sobre la plataforma del principio de legalidad –hoy entendido como principio de constitucionalidad- que impone la sujeción de todos los órganos estatales de manera formal y material a la principalística y teleología de la Carta. Así entonces, difícil es desconocer que estemos ante una verdadera pretensión punitiva radicada en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y sus delegados, si se tiene en cuenta que el derecho fundamental al debido

proceso (Artículo 29 de la Constitución Política) exige que el persecutor esgrima y comunique de forma clara y concreta los cargos jurídicos que le endilga al inculpado, para que éste sepa y comprenda la relación fáctica y jurídica por la que se le pide la condena al Juez Penal de Conocimiento.

Derivase de lo esbozado, pues, que resulta innegable la existencia de una pretensión punitiva, máxime si en el esquema procesal patrio, el Juez no participa de la titularidad de la acción penal, sino que se concibe como un tercero imparcial y neutro, garante de la legalidad y de la materialización de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes del proceso, sin poder adoptar ninguna postura parcializada, pues rompería el equilibrio procesal y desdeñaría del principio de *igualdad de armas* que ha de gobernar en esta dinámica; así pues colíjase de lo anotado, que al admitir que en nuestro modelo de enjuiciamiento opera una pretensión punitiva, se termina aceptando *prima facie*, que la misma es desistible, esto es –respondiendo al cometido principal del trabajo– que el retiro de los cargos sí es una institución procesal válida para renunciar a la persecución criminal; EMPERO, debe precisarse que no como funciona en múltiples despachos del país, siendo así como con esta investigación se colige que requiere regulación legislativa y amerita control por parte del Juez.

Recuérdese la aplicación que la Corte Suprema de Justicia viene haciendo del retiro de cargos, al fundamentarlo en el siguiente argumento:

“... en aplicación de la ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya

solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de condena- sentencia”<sup>88</sup>.

Nótese pues que la justificación del retiro de cargos se ha centrado en el argumento único que el Juez no puede condenar a alguien respecto del cual el Órgano persecutor no ha reclamado condena (principio de congruencia), y ello como ya se advirtió, en punto alguno se desconoce, en tanto, se admite que no es coherente que en un proceso dialógico de construcción de la verdad, las partes en contienda (tesis y antítesis) concurren en reclamar la absolución y la conclusión sea un fallo condenatorio, cuando además al ente acusador le corresponde “*sostener la acusación*” y apalancar sus pretensiones de condena.

Esa visión claramente contradice cauces lógicos y, más aún, las bases de un sistema acusatorio en el que la persecución le está confiada a una parte, sin poder ser ella respaldada por el Juez, pero es que en este acápite del trabajo lo que se quiere demandar no es una opción tal, sino que lo que se quiere plantear es la siguiente cuestión:

¿Por qué previamente al juicio cualquier renuncia de la acusación demanda de un examen de control por parte de la judicatura, pero ya en el juicio se veda tal posibilidad?

Cuando se estudia la manera consuetudinaria como vienen respondiendo los despachos judiciales del país, se vuelve al mismo punto: lo hacen con base en que el Juez está supeditado a los pedimentos del acusador (justicia rogada), lo que no puede ser

---

<sup>88</sup> Aparte jurisprudencial del cual ya se había hecho mención en la primera parte de este trabajo; decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia, 15843 (13 julio 2006).



fundamento exclusivo dentro de un sistema de tendencia acusatoria en el que se ha querido alzaprimar el respeto por la legalidad y los derechos fundamentales, incluidos los de las víctimas que cumplen un papel prevalente dadas la exigencias internacionales.

Es pues esa Legalidad y el compromiso estatal para con la sociedad y en particular las víctimas de concretar el valor justicia, lo que por su acentuada trascendencia sugiere que las determinaciones de parte deben estar sujetas a un examen que asegure –o al menos reduzca el riesgo- que la dimisión de la pretensión punitiva que hace un individuo no encarna un error que, por su naturaleza, afecta las bases mismas del Estado de Derecho y se lleva de calle todo un conjunto de prerrogativas, las que se entiende son las que se protegen cuando la solicitud de preclusión y la aplicación del principio de oportunidad o la petición de absolución perentoria, se colocan a consideración de un ente jurisdiccional diferente a quien lo depreca, como paradójicamente no ocurre luego de iniciado el juicio oral cuando no se reclama condena, siendo retirados los cargos.

## 9. CONCLUSIONES

Así las cosas, no se pretende con esta investigación que el retiro de cargos sea descartado u omitido por el Juez de la causa y que, en consecuencia, se adentre a resolver de manera autónoma sobre la absolución o condena del procesado, puesto que ello sería una actitud inquisitiva que desdibujaría el sistema acusatorio, sino que se aspira que se impida que éste ceda ciegamente y con exclusivo fundamento en los principios acusatorio y de congruencia ante el pedimento del Fiscal, para que, por el contrario, esté llamado a realizar un control con el que exija un motivo -o varios- para tal determinación, analizando en el acto su fundamentación, es decir, verificando que ello sí está llamado a prosperar, pero de ninguna manera, que se omita tal paso y de forma automática -como sucede ahora- se ceda ante la opinión del Fiscal, lo cual atenta inclusive con postulados de autonomía e independencia judicial.

Si este examen, necesario a nuestro juicio, no se despliega seguirá en nuestro ámbito atendiéndose el retiro de cargos con el sinsabor o, para mejor decir, con el desasosiego que ocasiona que nunca se conozca un análisis de fondo por parte de los jueces que, hoy por hoy, sí tienen la concepción de que hay fundamentos para condenar pero así no lo considera la Fiscalía, deben inhibirse de cualquier proposición u oposición, para absolver en contravía a su sano criterio.

Quiere esto decir, que la figura en comento debe afianzarse y ajustarse a los postulados del Marco Constitucional y Legal, por cuanto se está confundiendo lo

acusatorio, que trae implícito la pretensión punitiva, con lo dispositivo que resguarda cualquier forma del desistimiento de la acción.

Pues bien, son todos estos razonamientos los que nos permitirán dar respuesta a la incógnita principal de la investigación realizada, cual es: ¿Es el “retiro de cargos” una fórmula válida para el desistimiento de la pretensión punitiva durante el juicio oral dentro del sistema penal acusatorio colombiano?, y de paso respaldarán la tesis que aquí se sostiene.

A manera de colofón, bastará decir entonces para responder al planteamiento del problema, que hemos hallado un instituto jurídico dentro de la *praxis* judicial, que opera sin una detallada reglamentación jurídica, conocido como “el Retiro de los Cargos”, el cual ha venido abriéndose paso en el proceso penal colombiano, con sustento en los principios acusatorio (“*no existe proceso sin acusación*”) y de congruencia (“*El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*”), compeliendo al Juzgador a que ante una petición absolutoria del ente fiscal, deba proceder a la exoneración de responsabilidad del acusado *ipso facto*.

Tal panorama, nos conduce a predicar sin vacilaciones que, en el Sistema Procesal Colombiano (Ley 906 de 2004), SÍ ES VIABLE EL RETIRO DE CARGOS COMO FORMULA DE DESITIMIENTO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA EN EL JUICIO ORAL. Sin embargo, necesario es precisar, que como quiera que frente a esta figura se

percata un vacío legislativo, su factibilidad debe depender de una reforma legislativa, en la que el Congreso de la República (como representante de la sociedad, por lo menos en el papel, según el principio democrático), determine a través de una Ley bajo que presupuestos (objetivos y subjetivos) puede el Fiscal abdicar de la pretensión punitiva, abandonando su rol acusatorio, tal como pasa con otras figuras similares, *verbigracia* preclusión, principio de oportunidad y absolución perentoria. Determinación de parte, que en todo caso deberá resistir también el control jurisdiccional, es decir, el análisis formal y material del Juez de Conocimiento, debiendo establecerse ello también en la propuesta legislativa que sugerimos.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

Armenta Deu, Teresa. (1995). *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. 2ed. Zaragoza España: José Ma. Bosch. Editor, S.A (Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad de Barcelona).

Armenta Deu, Teresa. (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2ed. Madrid España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Asencio Mellado, José María. (1991). *Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. España: Editorial Trivium S.A., (campomanes, 5- 28013 Madrid) ISBN: 84-7855-928-0.

Bernal, Jaime, y Montealegre, Eduardo (2013). *El Proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general*. (Tomo I). 6ª ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, Jaime Y Montealegre, Eduardo. (2013). *El Proceso penal, Estructura y Garantías procesales*. (Tomo II). 6ª ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Bettini, Jorge A. (2010). *El retiro de la acusación desde la perspectiva del Ministerio Público*. Publicado por ASECIO, José L. Disponible en la web: <http://leonelasencio.blogspot.com/2010/09/el-retiro-de-la-acusacion.html>.

Guerrero Peralta, Oscar Julián (2005). *Fundamentos Teórico Constitucionales Del Nuevo Proceso Penal*. Bogotá D.C. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Pastor, José M (2013). *Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil*. En: La convergencia entre proceso civil y penal, ¿Una dirección adecuada? Coordinadora ARMENTA DEU, Teresa. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo.

### **Webgrafía**

<http://190.24.134.69/busquedadoc/> (Buscador del Portal oficial de la Rama Judicial).

### **Fuente jurisprudencial:**

COLOMBIA. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Decisiones:

15843 del 13 de julio de 2006

23243 del 14 marzo 2007,

27413 del 13 de marzo de 2008,

26099 del 27 de octubre de 2008,

34370 del 13 de diciembre de 2010,

32685 del 13 de marzo de 2011,

35179 del 7 de abril de 2011

40988 del 11 de septiembre de 2013.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Providencias:

C-591 de 2005

C-425 de 1996

C-209 de 2007.

C-516 de 2007

C-881 de 2011.



Asesorías Temáticas

Noviembre 8, de 2014

Doctores

***Daniel Ortega Jiménez***

***Mario Alexander Álvarez Grisales***

**Universidad Libre Seccional Pereira**

Con la presente me permito informarles que al proyecto titulado “**EL RETIRO DE CARGOS COMO FÓRMULA PARA EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA EN EL JUICIO ORAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004.**” se le realizó corrección de texto, que comprende la revisión de redacción, ortografía y estilo , aplicando las normas APA según la 6th Ed. , en su Contenido, Pie de Páginas, y Bibliografía.

Agradezco de antemano la atención prestada y su confianza depositada



**Viviana A. Martínez G**

Cel. 311-744 1479

Email: [sosasesoriastematicas@gmail.com](mailto:sosasesoriastematicas@gmail.com)